

**Die Behandlung von Personengesellschaften
im Rahmen der
kartellrechtlichen Verbundklausel
(§ 23, Abs. 1, Satz 2, 1. Halbsatz GWB)**

WOLFGANG OTT

München 1985

DIE BEHANDLUNG VON PERSONENGESELLSCHAFTEN

IM RAHMEN DER KARTELLRECHTLICHEN

VERBUNDKLAUSEL (§ 23, Abs. 1, Satz 2, 1. Halbsatz GWB)

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Wolfgang O T T
aus München

1985

Referent: Professor Dr. Steindorff
Korreferent: Professor Dr. Hueck - Pro-Dekan

Tag der mündlichen Prüfung:

18. Juli 1985

Meinen Eltern gewidmet



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554826_0029

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
<u>§ 1 - Einleitung</u>	1
1. Kapitel - Die schlichte Abhängigkeit von Personengesellschaften	4
<u>§ 2 - Das für die Verbundklausel notwendige und ausreichende Abhängigkeitsverhältnis</u>	4
I. Der Begriff der Abhängigkeit im Aktien- recht	4
II. Notwendigkeit eines eigenen fusionsrechtlichen Abhängigkeitsbegriffes	6
1. Ausgangspunkt der aktienrechtlichen Begriffsbestimmung	6
2. Meinungsstand zur Frage der Notwendigkeit eines fusionsrechtlichen Abhängigkeitsbe- griffes	7
a) Literatur	7
b) Rechtsprechung	11
c) Stellungnahme	11
<u>§ 3 - Typologisierung der Personengesellschaften im Hinblick auf die Frage des Vorliegens von Abhängigkeitsverhältnissen</u>	28
A) Vorfragen	28
1. Kriterien und Zeitpunkt der Beurteilung	28
2. Beherrschung durch eine Gruppe von Gesell- schaftern	34
B) Typologisierung	38
<u>Typ I - Der gesetzliche Typ</u>	
I. Ausgestaltung	38
II. Beurteilung	38
1. BGB-Gesellschaft	38
2. OHG	40
3. KG	43
a) In der KG ist nur ein persönlich haf- tender (Unternehmer-)Gesellschafter vorhanden	43
b) In der KG sind mehrere persönlich haf- tende (Unternehmer-) Gesellschafter vorhanden	47
4. GmbH & Co. KG	48

	Seite
<u>Typ II</u> - Gesellschaft mit nur geringen Abweichungen von der gesetzlichen Regelung, insbesondere mit Abstimmung in der Gesellschafterversammlung nach Kapitalanteilen	48
I. Ausgestaltung	49
II. Beurteilung	50
1. BGB-Gesellschaft und OHG	50
2. KG und GmbH & Co.KG	51
<u>Typ III</u> - Wie Typ I oder II, aber das Widerspruchsrecht der anderen geschäftsführenden Gesellschafter ist ausgeschlossen	52
I. Ausgestaltung	52
II. Beurteilung	52
1. BGB-Gesellschaft	52
2. OHG	53
3. KG	56
<u>Typ IV</u> - Der geschäftsführungsbefugte und vertretungsberechtigte (Unternehmer-) Gesellschafter hat keinen oder nur einen geringen Kapitalanteil; seine Macht im Innenverhältnis ist beschränkt.	56
I. Ausgestaltung	56
II. Beurteilung	58
1. Hinsichtlich der Frage der Abhängigkeit vom geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter	58
<u>Exkurs:</u> Die wichtigsten Zustimmungserfordernisse und die Beurteilung derselben im Zusammenhang mit der Frage, ob ihr Vorliegen eine Abhängigkeit vom (allein) geschäftsführungsbefugten und vertretungsbefugten (Unternehmer-) Gesellschafter ohne Mehrheitsbeteiligung, also allein aufgrund dieser Gesellschafterstellung, ausschließen kann	63
Zustimmungserfordernis für:	
1. Geschäfte, die eine bestimmte, in DM ausgedrückte Wertgrenze übersteigen (zu messen etwa am dafür nötigen Investitionsvolumen)	63

2. Erwerb, Belastung und Ver- äußerung von Grundstücken ab einer bestimmten Wertgrenze	66
a) Der Verkehr mit Grundstük- ken gehört zur regelmäßigen Tätigkeit der Gesellschaft	66
b) Der Verkehr mit Grundstük- ken gehört nicht zur regel- mäßigen Tätigkeit der Ge- sellschaft	67
3. Das Eingehen von Miet-, Pacht- und sonstigen Dauerverträgen ab einer bestimmten monatlichen Be- lastung	69
4. Aufnahme neuer Geschäftszweige und grundlegende Änderungen des Arbeitsprogrammes der Gesell- schaft	70
5. Gründung von Zweigniederlassun- gen, Unternehmenserwerb, Ver- äußerung von Betriebsteilen, Be- teiligungen an anderen Gesell- schaften, Gründung von Tochter- gesellschaften	72
6. Erteilung und Entzug von Prokura und Generalvollmacht	74
7. Aufnahme von Krediten ab einer bestimmten Höhe (z.B. 50 % des Gesellschaftskapitals)	75
8. Kreditgewährung an Gesell- schafter	76
9. Kreditgewährung an Dritte über einer gewissen Wertgrenze, wobei Kreditgewährung an Kunden im Rahmen der Geschäftsbeziehun- gen (z.B. Zahlungsziele) ausge- nommen sind	77
10. Das Eingehen von Bürgschaften ab einer bestimmten Bürgschafts- summe	78
11. Einstellungen und Entlassungen von Mitarbeitern ab einer be- stimmten Besoldungsstufe	78
12. Neuanschaffung von beweglichen Gütern des Anlagevermögens, die im Einzelfall eine Aufwendung über einer bestimmten Wertgren- ze erforderlich machen oder in ihrer Gesamtheit in einem Ge- schäftsjahr eine solche Wert- grenze überschreiten	78

13. Baumaßnahmen ab einer bestimmten Wertgrenze	81
a) Die hauptsächliche Tätigkeit der Gesellschaft besteht im Erstellen von Bauwerken	81
b) Die hauptsächliche Tätigkeit der Gesellschaft besteht nicht im Erstellen von Bauwerken	81
14. Das Eingehen von Wechselverbindlichkeiten ab einer bestimmten Wechselsumme	82
15. Veräußerung des Unternehmens im Ganzen	83
16. Die "Vornahme wesentlicher Geschäfte"	83
Ende des Exkurses	85
2. Hinsichtlich der Frage der Abhängigkeit vom nicht geschäftsführungsbefugten Mehrheitsgesellschafters	85
<u>Typ V</u> - Der geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter hat eine Mehrheitsbeteiligung, aber seine Stellung ist durch Zustimmungserfordernisse geschwächt	88
I. Ausgestaltung	88
II. Beurteilung	89
<u>Typ VI</u> - Ein geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesellschafter hat die für Änderungen des Gesellschaftsvertrags nötige Mehrheit	92
I. Ausgestaltung	93
II. Beurteilung	93
1. Es sind mehrere geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter vorhanden	93
2. Es ist nur ein geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesellschafter vorhanden	94
<u>Typ VII</u> - Gesellschaft mit Beirat	94
I. Ausgestaltung	94
1. Kapitalanteil	94
2. Geschäftsführungsbefugnis	94
3. Abstimmung in der Gesellschafterversammlung	94
4. Bestellung der Beiratsmitglieder	94
a) Die Beiratsmitglieder werden von den Gesellschaftern gewählt	95

b) Die Beiratsmitglieder werden nicht gewählt, sondern von einzelnen Gesellschaftergruppen entstandt	97
5. Die Befugnisse des Beirates in der Gesellschaft	98
a) Der Beirat hat lediglich beratende Funktion	98
b) Der Beirat hat die Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen und zu kontrollieren	98
c) Der Beirat hat schiedsrichterliche Funktionen	99
d) Der Beirat ist mit Entscheidungsbefugnissen betraut, die die Geschäftsführung der Gesellschaft betreffen	100
e) Der Beirat hat die Befunis zu Änderungen des Gesellschaftsvertrages	101
II. Beurteilung	102
1. Der schiedsrichterliche Beirat	102
a) Abhängigkeit vom Beirat bzw. der Person, die diesen kontrolliert	103
b) Abhängigkeit von einem Gesellschafter oder einer Gruppe von Gesellschaftern trotz Vorhandenseins des Beirates?	104
aa) Es sind mehrere geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter vorhanden	104
bb) Es ist nur ein geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesellschafter vorhanden	108
2. Der Beirat mit Entscheidungsbefugnissen hinsichtlich der Geschäftsführung	114
a) Abhängigkeit vom Beirat bzw. dem oder den ihn beherrschenden Gesellschaftern oder Dritten?	114
Variante 1: Der Beirat hat anstelle der Gesellschafterversammlung den zustimmungsbedürftigen Maßnahmen der Geschäftsführung zuzustimmen	114
Variante 2: Dem Beirat ist ein allgemeines Weisungsrecht in Geschäftsführungsangelegenheiten eingeräumt	115
b) Abhängigkeit von einem Gesellschafter oder einer Gruppe von Gesellschaftern trotz Vorhandenseins des Beirates?	117
aa) Bei Vorhandensein mehrere geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesellschafter	117
Variante 1: Der Beirat hat statt der Gesellschafterversammlung den zustimmungsbedürftigen Maßnahmen der Geschäftsführung zuzustimmen	117

	Seite
Variante 2: Dem Beirat ist ein allgemeines Weisungs- recht in Geschäftsfüh- rungsangelegenheiten eingeräumt	118
bb) Es ist nur ein geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesell- schafter (bei der KG ein Komple- mentär) vorhanden	119
Variante 1: Der Beirat entscheidet statt der Gesellschaft- tersammlung über die Zustimmung zu zustim- mungspflichtigen Ge- schäftsführungshand- lungen	119
Variante 2: Der Beirat hat ein all- gemeines Weisungsrecht in Geschäftsführungs- angelegenheiten	120
3. Der Beirat mit Befugnis zu Änderungen des Gesellschaftsvertrages	120
a) Abhängigkeit vom Beirat bzw. dem oder den ihn beherrschenden Gesellschaf- tern oder Dritten?	120
b) Abhängigkeit von einem Gesellschafter oder einer Gruppe von Gesellschaftern trotz Vorhandenseins des Beirates?	121
<u>Typ VIII</u> - Die Gesellschaft mit Beteiligung Dritter an Organbefugnissen	122
Vorbemerkung	122
I. Ausgestaltung	122
1. Kapitalanteil	122
2. Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis	123
3. Interne Herrschaftsverhältnisse	124
II. Beurteilung	125
<u>Typ IX</u> - Die stille Gesellschaft	128
1. Der gesetzliche Regelfall	128
2. Atypische Ausgestaltungen	129
a) Der Geschäftsinhaber bedarf allgemein oder für bestimmte Geschäfte der Zustimmung des stillen GESELLSCHAFTERS	130
b) Der Stille hat ein allgemeines oder auf be- stimmte Fragen beschränktes Widerspruchs- recht	132

	Seite
c) Der Geschäftsinhaber ist an Weisungen des Stillen gebunden	133
d) Dem Stillen sind selbst Geschäftsführungsrechte übertragen	134
2. Kapitel - Die Abhängigkeit von Personengesellschaften aufgrund von Verträgen	137
§ 4 - Beherrschungsverträge mit Personengesellschaften	137
I. Der Meinungsstand	137
1. Die Meinung der Literatur vor dem Gervais-Danone-Urteil des BGH	138
2. Das Gervais-Danone-Urteil des BGH	139
3. Die Meinung der Literatur nach dem Gervais-Danone-Urteil des BGH	142
II. Stellungnahme	146
§ 5 - Abhängigkeit aufgrund von Leistungsaustauschverträgen	150
I. Meinungsstand	151
II. Stellungnahme	153
§ 6 - Die Konzernabhängigkeit von Personengesellschaften	156

LITERATURVERZEICHNIS

- Aktiengesetz-Großkommentar Großkommentar zum Aktiengesetz, bearbeitet von Gadow, Heinichen u.a., 3. Auflage, Berlin, New York 1970/75
(zitiert: Bearbeiter in Großkommentar AktG)
- Aulinger, Leonhard Die atypische stille Gesellschaft
Düsseldorf 1955
(zitiert: Aulinger)
- Autenrieth, Karlheinz Fusionsentwicklung und wettbewerbliche Einheit
In: BB 1982, 753
- Ballwieser, Wolfgang Unternehmensbewertung und Komplexitätsreduktion, Wiesbaden 1983
(zitiert: Ballwieser)
- Baumbach, Adolf, Duden, Konrad und Hopt, Klaus J. Kommentar zum Handelsgesetzbuch, erläutert von Klaus J. Hopt, 25. Auflage, München 1983
(zitiert: Baumbach-Duden-Hopt)
- Baumbach, Adolf und Hueck, Alfred Kommentar zum Aktiengesetz
13. Auflage, München 1968
(zitiert: Baumbach-Hueck)
- Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen-, Handels- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Michael Hoffmann-Becking und Helmut Schippel
München 1978
(zitiert: Beck'sches Formularbuch)
- BGB-Reichsgerichtsrätekommentar Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern; Band II, 4. Teil, §§ 631 - 811, bearbeitet von Dehner, v. Gamun, Glanzmann, Krohn, Mormann, Seibert und Steffen, 12. Auflage, Berlin New York, 1978
(zitiert: BGB_RGRK-Bearbeiter)

- | | |
|---|---|
| Boesebeck, Ernst | Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Frankfurt/Main
1938
(zitiert: Boesebeck) |
| Böttcher, Conrad, Zartmann
Hugo und Faut, Eberhard | Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung
3. Auflage, Stuttgart/Wiesbaden
1978
(zitiert: Böttcher/Zartmann/Faut) |
| Canenbley, Cornelius und
Moosecker, Karlheinz | Fusionskontrolle
Handbuch für die Praxis
Köln 1982
(zitiert: Canenbley-Moosecker) |
| Dierdorf, Josef | Herrschaft und Abhängigkeit
einer Aktiengesellschaft auf
schuldvertraglicher und tatsächlicher Grundlage
Köln, Berlin, Bonn, München 1978
(zitiert: Dierdorf) |
| Düringer-Hachenburg | Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
erläutert von Fritz Ring, Julius
Flechtheim und Max Hachenburg
3. Auflage, Mannheim, Berlin
Leipzig 1934
(zitiert: Düringer-Hachenburg) |
| Emmerich, Volker | Die Fusionskontrolle bis zur
4. Novelle (I)
In: AG 1980, 205 |
| ders. | Kartellrecht
4. Auflage, München 1982
(zitiert: Emmerich, Kartellrecht) |
| ders. und Sonnenschein,
Jürgen | Konzernrecht
2. Auflage, München 1977
(zitiert: Emmerich-Sonnenschein) |
| Flume, Werner | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, 1. Band, 1. Teil, Die
Personengesellschaft, Berlin,
Heidelberg 1977
(zitiert: Flume, Personengesellschaft) |
| Formularkommentar | Erster Band: Handels- und Wirtschaftsrecht I, Einzelfirma
und Gesellschaften
bearbeitet von Barz, Boldt,
Luther, Meilicke, Riebandt-Korf-
macher und Sussbauer,
21. Auflage, Köln, Berlin, Bonn,
München 1973
(zitiert: Formularkommentar) |

- Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
bearbeitet von H. Kaufmann u.a.
Köln 1973 ff. (Loseblatt)
(zitiert: Frankfurter Kommentar)
- Gerloff, Liselotte Das abhängige Unternehmen im
Sinne des § 15 Abs. 2 Aktiengesetz
vom 30. Jan. 1937
Diss. Breslau 1938
(zitiert: Gerloff)
- Geßler, Ernst, Hefermehl, Kommentar zum Aktiengesetz
Wolfgang, Eckardt, Ulrich München 1973 ff.
und Kropff, Bruno (zitiert: Bearbeiter in Geßler-
Hefermehl AktG)
- Godin, Reinhard, Kommentar zum Aktiengesetz,
Wilhelmi, Hans 4. Auflage, Berlin, New York
1971
(zitiert: Godin-Wilhelmi)
- HGB-Großkommentar Großkommentar zum Handelsgesetz-
buch, bearbeitet von Brüggemann,
Fischer, Schilling u.a., 2. Band
1. Halbband, §§ 105-144
3. Auflage, Berlin, New York
1973.
2. Band, 2. Halbband, §§ 145 -
177, 335 - 342, 3. Auflage,
Berlin 1970
(zitiert: Bearbeiter, Großkommen-
tar HGB)
- Hölters, Wolfgang Sonderprobleme des Beirats der
GmbH & Co. KG
In: DB 1980, 2225
- Huber, Ulrich und Börner Gemeinschaftsunternehmen im
Bodo deutschen und europäischen Wett-
bewerbsrecht,
Köln, Berlin, Bonn, München
1978
(zitiert: Huber, Gemeinschafts-
unternehmen)
- Hueck, Alfred Anmerkung zum Urteil des BGH
vom 22. Februar 1960 - VII ZR 83/59
In: JZ 1960, 491

- Hueck, Alfred Stimmbindungsverträge bei Personen-
gesellschaften
In: Festschrift für Hans Carl
Nipperdey zum 70. Geburtstag
am 21. Januar 1965, Band I, S. 401
Herausgegeben von Rolf Dietz
und Heinz Hübner
München und Berlin 1965
- ders. Das Recht der offenen Handels-
gesellschaft
4. Auflage, Berlin, New York
1971
(zitiert: Hueck OHG)
- Hueck, Götz Gesellschaftsrecht, begründet
von Alfred Hueck
18. Auflage, München 1983
(zitiert: Hueck, Gesellschafts-
recht)
- Hüffer, Uwe Der Aufsichtsrat in der Publikums-
gesellschaft
In: ZGR 1980, 320
- Immenga, Ulrich Schwerpunkte der 4. Novelle
zum Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen
In: NJW 1980, 1417
- ders. u. Mestmäcker,
Ernst-Joachim Kommentar zum Gesetz gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen
Bearbeiter der §§ 23-24 b: E.-J.
Mestmäcker, München 1981
(zitiert: Mestmäcker)
- Kleinmann, Werner und
Bechthold, Rainer Kommentar zur Fusionskontrolle
Heidelberg 1977
(zitiert: Kleinmann-Bechthold)
- Koenigs, Folkmar Die stille Gesellschaft
Berlin 1961
(zitiert: Koenigs)
- Köhler, Helmut Der Schutz des abhängigen Unter-
nehmens im Schnittpunkt von
Kartell- und Konzernrecht
In: NJW 1978, 2473
- Kraft Alfons und
Kreutz Peter Gesellschaftsrecht
5. Auflage, Frankfurt/Main 1981
(zitiert: Kraft-Kreutz)

- Langen, Eugen, Niederleithinger, Ernst, Ritter Lennart und Schmidt, Ulrich 1982
Kommentar zum Kartellgesetz 6. Auflage, Neuwied, Darmstadt 1982
(zitiert: Langen)
- Martens, Klaus-Peter
Die existentielle Wirtschaftsabhängigkeit
Köln, Berlin, Bonn, München 1979
(zitiert: Martens)
- Mestmäcker, Ernst-Joachim
Recht und ökumenisches Gesetz
Baden-Baden 1978
- ders.
Kommentierung in Immenga-Mestmäcker, Kommentar zum GWB; siehe dort
- Molitor, Erich
Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, ihre Voraussetzungen und Folgen
In: Festschrift für Ehrenberg, herausgegeben von der Leipziger Juristenfakultät
Leipzig 1927, S. 41 ff.
- Münchner Kommentar
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von K. Rebmann und F.-J. Sacker
München 1978
(zitiert: Bearbeiter in Münchner Kommentar)
- Nath, Herbert und Schilling, Paul Justin
Formularbuch für Verträge, 5. Auflage, Köln, 1972
(zitiert: Nath-Schilling)
- Netta, Franz
Das Recht der verbundenen Unternehmen im Vorschlag eines Statuts für die Societas Europaea
Diss. Bochum 1974
- Nitschke, Manfred
Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft
Bielefeld 1970
(zitiert: Nitschke)
- Palandt, Otto
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bearbeitet von Bassenge, Diederichsen, Edenhofer, Heinrichs, Heldrich, Keidel, Putzo, Thomas
43. Auflage, München 1984
(zitiert: Palandt-Bearbeiter)

- Schmidt, Karsten Anmerkung zum Urteil des BGH vom
5. Februar 1979 - II ZR 210/78 -
"Gervais-Danone-Urteil"
In: JuS 1980, 152
- Schneider, Uwe H. Die Änderung des Gesellschaftsver-
trages einer Personengesellschaft
durch Mehrheitsbeschluß
In: ZGR 1972, 357
- ders. Die Haftung von Mitgliedern
des Beirates einer Personenge-
sellschaft
In: DB 1973, 953
- ders. Die Personengesellschaft als
verbundenes Unternehmen
-Prolegomena zu einem Konzern-
recht für Personengesellschaf-
ten -
In: ZGR 1975, 253
- ders. Die Personengesellschaft als
herrschendes Unternehmen im
Konzern
In: ZHR 143 (1979), 485
- ders. Konzernbildung, Konzernleitung
und Verlustausgleich im Konzern-
recht der Personengesellschaften
- Zugleich ein Beitrag zur Be-
deutung des Gervais-Urteils
für die Entwicklung des Konzern-
rechts -
In: ZGR 1980, 511
- Schulte, Theodor Die Schrankenproblematik der
Mehrheitsbeschlüsse bei der
"normalen" Personengesellschaft
Diss. Münster 1982
(zitiert: Schulte)
- Soergel, Hs.Th. und
Siebert, W. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, bearbeitet v. H.-J. Abraham
u.a., 11. Auflage, Stuttgart,
Berlin, Köln, Mainz 1978 ff.

- Steindorff, Ernst Gemeinschaftsunternehmen mit
zwei paritätisch beteiligten
Gesellschaftern
In: NJW 1980, 1921
- ders. Wettbewerbliche Einheit und
kartellrechtliche Vermutungen
In: Beihefte der Zeitschrift
für das gesamte Handelsrecht
und Wirtschaftsrecht (ZHR),
Heft 53, Heidelberg 1982
(zitiert: Steindorff, Wettbewerbs-
liche Einheit)
- Teichmann, Arndt Gestaltungsfreiheit in Gesell-
schaftsverträgen
München 1970
(zitiert: Teichmann)
- Ulmer, Peter Aktienrechtliche Beherrschung
durch Leistungsaustauschbeziehungen
In: ZGR 1978, 457
- Voormann, Volker Die Stellung des Beirates im
Gesellschaftsrecht, Köln 1981
(zitiert: Voormann)
- Westermann, Harm Peter Vertragsfreiheit und Typenge-
setzlichkeit im Recht der Personen-
gesellschaften
Berlin, Heidelberg, New York 1970
(zitiert: H.P. Westermann)
- Westrick, Klaus und
Loewenheim, Ulrich Kommentar zum Gesetz gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen, begründet
von Harold Rasch
4. Auflage, Berlin 1977 ff.
(Loseblatt)
(zitiert: Westrick-Loewenheim)
- Wiedemann, Gerhard Gemeinschaftsunternehmen im
deutschen Kartellrecht
Heidelberg 1981
(zitiert: Wiedemann, Gemeinschafts-
unternehmen)
- ders. Personengesellschaften in der
Fusionskontrolle
In: ZHR 146 (1982), 296

- Wiedemann, Herbert Die Legitimationswirkung von Willenserklärungen im Recht der Personengesellschaften
In: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, S. 585 ff.
Herausgegeben von Wolfgang Hefermehl, Rudolf Gmür und Hans Brox
- Würdinger Hans Betrachtungen zur Regelung der Konzernverfassung im Entwurf des Aktiengesetzes
In: DB 1958/1447
- ders. Aktien- und Konzernrecht
3. Auflage, Karlsruhe 1973
(zitiert: Würdinger, Aktien- und Konzernrecht)
- Zöllner, Wolfgang Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden
München und Berlin 1963
(zitiert: Zöllner)

Rnr.	Randnummer
Tz.	Teilziffer
WuW/E	Entscheidungssammlung der Zeitschrift für Wirtschaft und Wettbewerb (zitiert nach entscheidender Stelle und Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (zitiert nach Nummer (Jahr) und Seite)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (zitiert nach Jahr und Seite)

§ 1 - Einleitung

Durch die dritte Kartellnovelle wurde die schon durch die zweite Kartellnovelle in den § 23 eingeführte Konzernklausel durch eine Erweiterung auf die in §§ 17 AktG genannten verbundenen Unternehmen geändert.

Die Verbundklausel des § 23, Abs. 1, Satz 2, 1. Halbsatz, in der jetzt geltenden Fassung bezeichnet als kartellrechtlich beachtliche verbundene Unternehmen sowohl abhängige oder herrschende im Sinne des § 17 AktG als auch Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG. In der Praxis der Fusionskontrolle spielt heute die Verweisung auf § 17 AktG eine weit größere Rolle, als die auf den in seinen Voraussetzungen engeren § 18 AktG, insbesondere, weil bei § 17 AktG die Möglichkeit der Ausübung eines beherrschenden Einflusses genügt, sich der Nachweis der tatsächlichen Ausübung also erübrigt. ¹

Einigkeit besteht darüber, daß der Verbundklausel trotz der Verweisung auf §§ 17, 18 AktG nicht nur Verbindungen, bei denen eines der beteiligten Unternehmen eine AG oder KGaA ist, sondern auch solche, an denen nur Personengesellschaften beteiligt sind, unterfallen, denn Zweck des § 23 ist es, das fusionsbedingte Wachstum aller am Wirtschaftsleben teilnehmender Unternehmen, unabhängig von deren Rechtsform, unter Kontrolle zu bringen. ²

1) Mestmäcker, § 23, Rd.Nr. 31

2) Mestmäcker, § 23, Rd.Nr. 35; Steindorff, Wettbewerbliche Einheit, S. 13; Wiedemann, ZHR 146, 1982, 296, 297; BT-Drucksache VI/2520, S. 269; Canenbley-Moosecker, S.272

Probleme ergeben sich aber daraus, daß dabei die nach § 23, Abs. 1, Satz 2, 1. Halbsatz, in Verbindung mit §§ 17, 18 AktG maßgeblichen Kriterien auf Personengesellschaften angewendet werden müssen, die wegen der im Personengesellschaftsrecht vorherrschenden Vertragsfreiheit in wesentlich weitreichenderen und differenzierteren Schattierungen in der Rechtswirklichkeit vorkommen, als die an sehr viel strengere Vorschriften gebundenen AGs und KGaAs. Insbesondere bieten sich gerade im Recht der Personengesellschaften vielfache Möglichkeiten, einem Gesellschafter unabhängig von der Höhe seines Kapitalanteils durch entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrages eine beherrschende Stellung einzuräumen.

Ziel der folgenden Darstellung wird es sein, für die Frage nach der Abhängigkeit von Personengesellschaften praktisch verwendbare, generelle Kriterien zu finden. Dabei wird sich zeigen, daß die gegebenen aktienrechtlichen Instrumente zur Klärung der Abhängigkeitsfrage von Personengesellschaften unzureichend sind, es vielmehr auf eine eigenständige kartellrechtliche Definition des Abhängigkeitsbegriffes ankommen wird.

Schon der Gesetzgeber spricht ja von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise unter wettbewerblichen Gesichtspunkten. ³

Nicht behandelt werden soll die Frage, ob unter Zuhilfenahme des Begriffes der "Wettbewerblichen Einheit" auch andere Unternehmensbeziehungen als solche der Konzernverhältnisse und der Abhängigkeitsverhältnisse von einer gewissen, an § 17 AktG orientierten, Stabilität unter der Verbundklausel

3) BT-Drucksache, VI/2520, S. 26

subsumierbar sind (siehe hierzu Steindorff, Wettbewerbliche Einheit und kartellrechtliche Vermutungen).

Somit bleibt die Kernfrage, wie die Verbindungen nicht aktienrechtlicher Art aussehen müssen, damit ein für die Verbundklausen ausreichendes Abhängigkeitsverhältnis angenommen werden kann, wobei nur der Fall problematisch ist, daß die Personengesellschaft beherrschtes Unternehmen ist. ⁴

4) Godin-Wilhelmi, § 16, Anm. 3; Schneider, ZHR 143(1979), 485

1. Kapitel

Die schlichte Abhängigkeit von Personengesellschaften

§ 2 - Das für die Verbundklausel notwendige und ausreichende Abhängigkeitsverhältnis

I. Der Begriff der Abhängigkeit im Aktienrecht

Der aktienrechtliche Abhängigkeitsbegriff geht zurück auf die Thega-Entscheidung des RG⁵, wonach Abhängigkeit dann vorliegt, wenn "das herrschende Unternehmen über Mittel verfügt, die es ihm ermöglichen, das abhängige Unternehmen seinem Willen zu unterwerfen und diesen bei ihm durchzusetzen. Welche Mittel es dazu befähigen, ist ohne Belang. Neben rechtlichen Gestaltungen können es auch tatsächliche Gegebenheiten sein, die einem Unternehmen ein Übergewicht über ein anderes verleihen."

Dieser reichsgerichtlichen Definition der Abhängigkeit hängt auch heute noch ein Großteil des aktienrechtlichen Schrifttums an. ⁶

Weitergehend verlangt Würdinger⁷, daß das herrschende Unternehmen in der Lage sein muß, "die gesamten geschäftlichen Dispositionen des anderen Unternehmens zu bestimmen und daß es aufgrund

5) RGZ 167, 40, 49

6) Godin-Wilhelmi, § 17, Anm. 2; Baumbach-Hueck, § 17, Anm. 2

7) Großkommentar AktG, § 17, Anm. 4

dieser Herrschaftsmacht auch die Ausführung beliebiger Einzelmaßnahmen erzwingen kann." Nicht hinreichend dagegen sei "eine partiell beschränkte Abhängigkeit, wie sie z.B. bei Zustimmungsbedürftigkeit zu einzelnen Geschäftsmaßnahmen oder Beschlüssen vorliegt oder bei einer auf bestimmte Geschäfte beschränkten Kontrollbefugnis eines Dritten besteht."

Die Abhängigkeit werde vor allem darin sichtbar, "daß das herrschende Unternehmen in der Lage ist, die Bestellung des Geschäftsführungsorgans oder des Kontrollorgans der abhängigen Gesellschaft nach seinem Willen zu bestimmen, die Satzung zu ändern oder die für die gesamte Leitung des Unternehmens maßgebenden Beschlüsse zu erzwingen."

Nur Geßler läßt es genügen, wenn das herrschende Unternehmen die Möglichkeit hat, die Unternehmens- und Geschäftspolitik des anderen Unternehmens zu bestimmen.⁸

Gemeinsam ist allen Definitionen jedenfalls die Notwendigkeit, daß das herrschende Unternehmen umfassend die Entscheidungsprozesse des abhängigen Unternehmens kontrollieren können muß, zumindest soweit sich diese Entscheidungen auf das Verhältnis des Unternehmens zu seiner Umwelt beziehen.

8) Geßler in Geßler-Hefermehl, AktG, § 17, Anm. 27

II. Notwendigkeit eines eigenen fusionsrechtlichen Abhängigkeitsbegriffes

1. Ausgangspunkt der aktienrechtlichen Begriffsbestimmung

Den aktienrechtlichen Begriffsbestimmungen für die Abhängigkeit ist der Ausgangspunkt der Überlegungen gemeinsam, die zur Definition der Abhängigkeit geführt haben.

Ausgegangen wurde vom Zweck der Regelungen im AktG, nämlich dem Schutz der abhängigen Gesellschaft, deren Gläubiger und Anteilseigner, vgl. die Regelungen in §§ 291 ff., 311 ff. AktG.⁹

Das Kartellrecht verfolgt mit seinen Bestimmungen zur Fusionskontrolle dagegen den Zweck, dem Markt und das Funktionieren des auf diesem herrschenden Wettbewerbs vor den ihm durch eine Fusion drohenden Gefahren zu schützen, also zu verhindern, daß Unternehmen durch Zusammenschlüsse zu einseitigen, nicht mehr leistungsbedingten Wettbewerbsvorteilen gelangen.¹⁰

Die unterschiedlichen Rechtsfolgen und Schutzzwecke, die somit im Aktienrecht und im Kartellrecht an den Begriff der Abhängigkeit geknüpft sind, können nicht ohne Folgen für den Abhängigkeitsbegriff selbst bleiben, so daß sich hier die Frage stellt, ob ein einheitlicher Ab-

9) Emmerich-Sonnenschein, S. 49 f.

10) Emmerich, Kartellrecht, § 21, S. 236 mit weiteren Nachweisen

hängigkeitsbegriff für das Aktienrecht und das Fusionsrecht sinnvoll und durchführbar ist.

2. Meinungsstand zur Frage der Notwendigkeit eines fusionsrechtlichen Abhängigkeitsbegriffes

Zur Frage der Notwendigkeit einer Fortentwicklung des aktienrechtlichen Abhängigkeitsbegriffes anhand von Kriterien, die den unterschiedlichen Schutzzwecken der Fusionskontrolle und des Aktienrechts Rechnung tragen, werden in der Literatur im wesentlichen zwei Meinungen vertreten. Die Rechtsprechung war mit dem Themenkomplex bislang nur am Rande befaßt.

a) Literatur

aa) Eine überwiegende Gruppe von Autoren bejaht eine weitergehende Auslegung des Abhängigkeitsbegriffes im Fusionsrecht als dies im Aktienrecht derzeit der Fall ist.¹¹

Nach Langen¹² ist entscheidend die Fähigkeit, den anderen Unternehmen "den Spielraum seiner wettbewerblichen Aktivitäten zuweisen zu können."

Nach Mestmäcker¹¹ verfügt ein Unternehmen dann über beherrschenden Einfluß, wenn es die "Wirtschaftsplanung des anderen Unternehmens

11) Mestmäcker, § 23, Rnr. 40; Langen, § 23, Rnr. 46, 88 ff.; Westrick-Loewenheim § 23, Rnr. 75; Autenrieth, BB 1982, 753, 756

12) Langen, § 23, Rnr. 25

unter Durchsetzung von unternehmerischen Eigen- oder Fremdinteressen in einer für dessen Stellung am Markt ausschlaggebenden Weise beeinflussen kann." Für die Stellung des Unternehmens am Markt ausschlaggebend sind danach "insbesondere die Entscheidungen über die Tätigkeitsbereiche des Unternehmens in Forschung und Entwicklung, Investitionen, Produktion und Vertrieb."

Gerade durch diese Definition Mestmäckers wird aber deutlich, daß die gewünschte eigenständige fusionsrechtliche Definition des Abhängigkeitsbegriffes im Endeffekt doch wieder auf die im Aktienrecht bekannte Interpretation des Abhängigkeitsbegriffes hinausläuft. Die von Mestmäcker als für die Stellung des Unternehmens am Markt als ausschlaggebend bezeichneten Entscheidungen stellen nämlich alle im unternehmerischen Alltag auftretenden Entscheidungen von einigem Belang dar. Daher zeigt sich hier kein Unterschied zur schon vom Reichsgericht zum Thega-Urteil¹³ geprägten Abhängigkeitsdefinition, der so erhebliche wäre, daß von einer eigenständigen kartellrechtlichen Interpretation gesprochen werden könnte.

In der Tat krankten daher auch viele Versuche der Bildung eines eigenständigen fusionsrechtlichen

13) RGZ 167, 40, 49

Abhängigkeitsbegriffes daran, daß ihre Vertreter einen Unterschied ihrer neuen Definition zu hergebrachten aktienrechtlichen Abhängigkeitsdefinition nicht klar aufzeigen können.

Differenzierter freilich geht Autenrieth¹⁴ vor, der, ausgehend vom Begriff der wettbewerblichen Einheit¹⁵, als entscheidend für Abhängigkeit im Bereich der Verbundklausel bezeichnet "daß ein ... herrschendes Unternehmen Einfluß auf die wesentlichen wettbewerblichen Aktivitäten eines ... abhängigen Unternehmens nehmen kann."

Dafür maßgebend sei "insbesondere die beherrschende Einflußnahme auf dessen

- Investitionsentscheidungen
- Werbungs-, Forschungs- und Entwicklungsaufwand und/oder
- Einkaufs-, Produktions- und Vertriebstätigkeit."

Insgesamt genüge ein geringeres Maß der Einflußnahme als im Aktienrecht.

14) BB 1982, 753, 756 f.

15) diesen als Scheinbegriff ablehnend Steindorff, Wettbewerbliche Einheit; der Streit kann für das zu behandelnde Thema offen bleiben

- bb) Eine andere Literaturmeinung wendet sich gegen eine erweiternde Auslegung des Abhängigkeitsbegriffes im Rahmen der Verbundklausel.

So kommt Steinndorff¹⁶, ausgehend allerdings von § 23 a, dessen Abs. 3 auf die Verbundklausel verweist, zu dem Ergebnis, daß sich außerhalb der in § 17, Abs. 2 AktG erfaßten Mehrheitsbeteiligung im allgemeinen kaum begründen läßt, "daß die Voraussetzungen der Verbundklausel für die Zwecke des § 23a erfüllt sind."

Es dürfe auf Kriterien abgestellt werden, die generell und nicht nur unter besonderen Umständen die verlangte Rechtsstellung verschaffen.

Wiedemann¹⁷ lehnt jedenfalls für den Bereich der Konzentrationskontrolle "eine Ausweitung über die Sachverhalte interner, organisationsrechtlich vermittelter Einflußnahmen hinaus" ab. Eine Einbeziehung der Fälle sogenannter "wirtschaftlicher Abhängigkeit" komme nicht in Betracht.

Die Beherrschung einer Gesellschaft könne auch "nicht allein auf Leistungsaustauschbeziehungen oder sonstige wirtschaftliche, aus der Sicht der Gesellschaft externe Machtpositionen gegründet

16) Wettbewerbliche Einheit, S. 28

17) Gemeinschaftsunternehmen, S. 215

werden."¹⁸

b) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich noch nicht direkt mit der Frage nach einem eigenen fusionsrechtlichen Abhängigkeitsbegriff befaßt.

In der "WAZ-Entscheidung"¹⁹ hält sich der BGH an die Verweisung in § 23, Abs. 1, Satz 2 auf § 17 AktG. Lediglich die Mehrmütterklausel des § 23, Abs. 1, Satz 2, 2. Halbsatz wird als "eigenständiger Beherrschungstatbestand" bezeichnet.

Eine eigenständige fusionsrechtliche Abhängigkeitsdefinition wurde von der Rechtsprechung bisher nicht vorgenommen.

c) Stellungnahme

Das Problem der ersten Gruppe von Autoren ist, daß ihre Konzepte zur Schaffung eines fusionsrechtlichen Abhängigkeitsbegriffes stets in Bezug gesetzt werden zur aktienrechtlichen Definition der Abhängigkeit, die vom RG schon in seinem Thega-Urteil²⁰ entwickelt wurde.

So kritisiert beispielsweise Wiedemann²¹ die Schaffung eines eigenen fusionsrechtlichen, in seinen

18) Wiedemann ZHR 146 (1982), 296, 302; vgl. auch Ulmer ZGR 1978, 457, 465 ff.; Köhler NJW 1978, 2473, 2475; Martens S. 54 ff., 142 ff

19) BGHZ 74, 359, 363;

20) RGZ 167, 40

21) ZHR 146, 296, 300

Voraussetzungen gegenüber dem aktienrechtlichen Begriff eingeschränkten, im Ergebnis also erweiterten Abhängigkeitsbegriffes damit, daß die Verfechter dieser Meinung bisher nicht in der Lage gewesen seien, deutlich zu machen, "worin sich ihr Konzept von der aktienrechtlichen Auslegung des Beherrschungsbegriffes unterscheiden soll."

Zur Untermauerung dieser seiner Ansicht stellt er das Konzept von Mestmäcker²² in Vergleich zur reichsgerichtlichen Abhängigkeitsdefinition²³ wobei sich in der Tat geringe Unterschiede zeigen. Die von Mestmäcker als für die Stellung des Unternehmens am Markt als ausschlaggebend bezeichneten Entscheidungen stellen nämlich alle im unternehmerischen Alltag auftretenden Entscheidungen von einigem Belang dar, so daß man genauso gut wie das RG formulieren könnte, das herrschende Unternehmen müsse in der Lage sein, "das abhängige Unternehmen seinem Willen zu unterwerfen und diesen bei ihm durchzusetzen."

Wiedemann verkennt aber, daß sich die Konzepte der Vertreter eines ausgedehnten fusionsrechtlichen Abhängigkeitsbegriffes sehr wohl unterscheiden und daß die Idee des ausgedehnten Abhängigkeitsbegriffes nicht allein deswegen verworfen werden kann,

22) Mestmäcker, § 23, Rnr. 40 f.,

23 RuZ 167, 40

weil einer ihrer Vertreter den Unterschied zum gegebenen aktienrechtlichen Abhängigkeitsbegriff nicht deutlich genug herausgestellt hat.

In der Tat kommt es darauf an, wie es beispielsweise Autenrieth²⁴ auch versucht hat, eine Gruppe von Entscheidungen herauszuarbeiten, die eben nicht so global und ungenau bezeichnet werden, daß sie praktisch nur eine Auflistung aller in der Regel vorkommender unternehmerischer Entscheidungen darstellt, sondern klar macht, daß es in der täglichen unternehmerischen Praxis zwei Gruppen von Entscheidungen gibt: solche, deren Beeinflussungsmöglichkeit durch ein anderes Unternehmen für die Frage fusionsrechtlicher Abhängigkeit im Rahmen der Verbundklausel relevant ist und solche, bei denen dies nicht der Fall ist.

Im Gegensatz zum aktienrechtlichen Abhängigkeitsbegriff kann ein Unternehmen also im fusionsrechtlichen Sinne schon dann von einem anderen Unternehmen abhängig sein, wenn dieses nur die erste Gruppe von Entscheidungen beeinflussen kann. Eine Beeinflussungsmöglichkeit der zweiten Gruppe von Entscheidungen braucht dabei gar nicht mehr geprüft zu werden.

Diese erste, relevante Gruppe von Entscheidungen soll im folgenden "wesentliche Entscheidungen"

24) BB 1982, 753, 756

genannt werden.

Die Notwendigkeit zur Suche nach solchen für die Begründung fusionsrechtlicher Abhängigkeit ausschlaggebenden Entscheidungen und damit für eine Erweiterung des aktienrechtlichen Abhängigkeitsbegriffes ergibt sich aus den unterschiedlichen Schutzzwecken der §§ 17, 18 AktG und § 23, GWB (vgl. oben).

Die Vorschriften des Aktiengesetzes über die verbundenen Unternehmen (§§ 15-18 AktG) und die an diesen Begriff angeknüpften Vorschriften (wie etwa §§ 89 II, 115, I, 134 I 4, 136, 145 III, 165 IV und 308 - 327 AktG) haben vor allem den Zweck, das Verhältnis zwischen abhängigem und herrschendem Unternehmen zu regeln und dabei insbesondere die Aktionäre und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft gegen Benachteiligungen durch den Einfluß des herrschenden Unternehmens auf die Willensbildung des abhängigen zu sichern, vgl. insbesondere die §§ 308 - 327 AktG.²⁵

§ 23 GWB dagegen definiert den Begriff des Unternehmenszusammenschlusses und stellt eine diesbezügliche Anzeigepflicht auf.

Er besitzt daher zwei wesentliche Funktionen:

- Er dient als Aufgreiftatbestand für die nach § 24 GWB, der in seinem Absatz I an den Zusammenschlussbegriff des § 23 GWB anknüpft, materiell zu kontrollierenden Fusionen²⁶

25) Godin-Wilhelmi AktG § 17, Anm. 6; Würdinger in Großkommentar AktG § 15, Anm. 4, § 17 Anm. 12; Baumbach-Hueck § 15, Rnr. 2, § 17 Rnr. 7

26) Frankfurter Kommentar § 23 Tz. 16

- er trägt zur Transparenz des Konzentrationsprozesses in der deutschen Wirtschaft bei und liefert dem Kartellamt nicht nur Daten als Grundlage für die materielle Fusionskontrolle nach § 24 GWB²⁷, sondern erleichtert die Durchführung der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB, indem er das externe Wirtschaftswachstum durch die Anzeigepflicht leichter kontrollierbar macht.²⁸

§ 24 GWB gibt dem Kartellamt die Befugnis, die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung durch Fusion zu verhindern, § 22 GWB ermöglicht es dem Amt, bei bestehender marktbeherrschender Stellung eines Unternehmens eine mißbräuchliche Ausnützung dieser Stellung durch Untersagung des entsprechenden Verhaltens (§ 22 V GWB) zu unterbinden.

Während es also bei den aktienrechtlichen Vorschriften um eine Regelung der Interna der verbundenen Unternehmen geht, geht es bei den fusionskontrollrechtlichen Vorschriften um eine Überwachung des Auftretens von Unternehmen nach außen, am Markt.

Die Verweisung auf §§ 17, 18 AktG wurde dabei in den § 23 I GWB aufgenommen, um dem Umstand Rechnung zu tragen, daß verbundene Unternehmen am Markt einheitlich auftreten und daher insgesamt der Kontrolle unterfallen sollen.

In der Regierungsbegründung zur Einführung der Verbundklausel in den § 23 I GWB heißt es daher

27) Westrick in Westrick-Loewenheim § 23 Rnr. 1

28) Frankfurter Kommentar § 23 Tz. 16

auch, die Verbundklausel sei "ein erster Schritt in Richtung auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise bei Unternehmen, die so miteinander verbunden sind, daß sie trotz rechtlicher Selbständigkeit unter wettbewerblichen Gesichtspunkten als Einheit anzusehen sind"²⁹.

Der Abhängigkeitsbegriff des Fusionsrechts hat sich daher nicht am internen Schutz und Ausgleich der verbundenen Unternehmen zu orientieren, sondern an der Möglichkeit dieser Unternehmen, gemeinsam am Markt aufzutreten. Es hieße, den Zweck der fusionskontrollrechtlichen Regelungen zu unterlaufen, wollte man zur Begründung von Abhängigkeit auch auf die Möglichkeit zur Beeinflussung von Entscheidungen abstellen, die mit dem Wettbewerbsverhalten des Unternehmens nichts zu tun haben.

Bei der Suche nach den wesentlichen Entscheidungen, die ausschlaggebend für fusionsrechtliche Abhängigkeit sein sollen (in dem Sinne, daß ein Unternehmen dann, wenn ein anderes Unternehmen diese Entscheidungen in gesicherter Weise beeinflussen kann, von diesem abhängig ist) und damit nach einem fusionsrechtlichen Abhängigkeitsbegriff selbst, ist folglich auszugehen von den Gefahren, die dem Markt und dem Wettbewerb auf diesem Markt durch Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Unternehmen drohen. Diese drücken sich hauptsächlich in einer verstärkenden Marktmacht der beteiligten, jetzt einheitlich agierenden, Unternehmen aus. Daher bietet sich ein Rückgriff auf § 22 I, 24 I GWB

Ausgangspunkt der Argumentation an.

aa) Nach der Rechtsprechung hat ein Unternehmen dann eine überragende Marktstellung, wenn es "einen überragenden (einseitigen) Verhaltensspielraum bei der Entwicklung von Marktstrategien oder auch beim Einsatz einzelner Aktionsparameter" besitzt³⁰

Die Begründung zum Regierungsentwurf sah einen solchen überragenden Verhaltensspielraum vor allem dann als gegeben an, wenn ein Unternehmen z.B. aufgrund seiner Finanzkraft im Vergleich zu seinen Mitbewerbern zusätzliche Strategien zur Förderung seiner Unternehmensziele zur Verfügung habe.³¹

Abhängigkeit im kartellrechtlichen Sinn muß daher dann gegeben sein, wenn zwischen Unternehmen eine Verbindung dergestalt besteht, daß es zu einer Koordination der Verhaltensweisen im Rahmen des oben genannten, für §§ 22, 24 GWB relevanten Spielraumes kommt bzw. nach der Ausgestaltung der Verbindung kommen kann. Denn diese Koordination ist ein möglicher Schritt der so verbundenen Unternehmen in Richtung auf eine überragende Marktstellung.

Die Entscheidungen, deren Beeinflussungsmöglichkeit für die Begründung kartellrechtlicher Abhängigkeit ausschlaggebend sind, müssen

30) vgl. BGHZ 67, 104, 113 "Vitamin-B-12"; BGHZ 68, 23, 28 "Valium"; BGHZ 71, 102, 116 - "Kfz-Kupplungen",

31) BT-Drucksache VI 2520, S. 22

dann diejenigen sein, die nötig sind, um eine solche Koordination im für §§ 22, 24 GWB maßgeblichen Verhaltensspielraum zu ermöglichen, d.h. diejenigen, die geeignet sind, die spezifischen, mit einer übermächtigen Marktstellung i.S.d. §§ 22, 24 GWB verbundenen, Gefahren zu verwirklichen. Als solche Gefahren sind insbesondere zu nennen:

- (1) Verstärkung der Marktmacht der verbundenen Unternehmen und damit Hand in Hand gehend
- (2) das Zurückdrängen bzw. Ausschalten von Mitbewerbern
- (3) größere Ressourcenmacht der verbundenen Unternehmen, insbesondere was die Finanzkraft, das know-how, die Rationalisierung und Spezialisierung, die Versorgungsleistungen gegenüber Abnehmern (bei Lieferung, Kundendienst etc.) und dem vereinfachten Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten anbelangt.
- (4) die Beschränkung von wettbewerblichen Aktionsparametern.

Ausschlaggebend sind insbesondere die in (3) und (4) genannten Auswirkungen, so daß als Oberbegriffe die "gemeinsame Ausnutzung der gemeinsamen Ressourcen" dienen kann und die "Beschränkung der wettbewerblichen Aktionsparameter".

bb) Zu dieser gemeinsamen Ressourcenausnützung und Parameterbeschränkung kann es in einer beständig gesicherten Weise- und das unterscheidet die Abhängigkeit insofern vom Kartell und vom Gentleman-Agreement - nur kommen, wenn ein Unternehmen gegenüber dem anderen eine Stellung innehat, die es - ohne daß es auf irgendwelche Zufälligkeiten angewiesen wäre³² - befähigen, die Entscheidungen dieses Unternehmens, die sich auf sein Verhalten am Markt, sowohl dem Absatz- als auch dem Beschaffungsmarkt, seine Finanzierungs- und Investitions- sowie seine Rationalisierungsmaßnahmen beziehen, in der ihm genehmen Weise auf Dauer positiv zu beeinflussen (wesentliche Entscheidungen).

Dabei ist entscheidend, daß eine positive Einflußmöglichkeit gegeben ist, denn zu einer Vereinheitlichung der Ressourcenmacht und einer Parallelschaltung der wettbewerblichen Aktionsparameter kann es nur dann kommen, wenn das herrschende Unternehmen gestalterisch in den Willensbildungsprozeß des beherrschten Unternehmens, soweit er sich auf "wesentliche Entscheidungen" bezieht, eingreifen kann³³

32) vgl. BGH, NJW 1981, 2699 - "Transportbeton Sauerland" = BGHZ 81,

33) Auch der BGH geht in BGH, NJW 1981, 2699 - Transportbeton Sauerland - davon aus, daß entscheidend für eine Beherrschung die "Leitungsmacht" des bzw. der herrschenden Gesellschafter sei.

Darin wird auch deutlich, daß sich der hier verwendete fusionsrechtliche Abhängigkeitsbegriff vom aktienrechtlichen nicht im Erfordernis der positiven Willensunterwerfung des abhängigen unter das herrschende Unternehmen unterscheidet, sondern darin, daß die Liste der Entscheidungen des abhängigen Unternehmens auf das sich die gesicherte Beherrschungsmöglichkeit des herrschenden Unternehmens beziehen muß, gegenüber der aktienrechtlichen Definition beschränkt ist.

Nicht ausreichend für eine Begründung von Abhängigkeit sind dagegen Negativrechte wie Widerspruchsrechte (wie etwa in § 118, Abs. 1 HGB geregelt) und in der Regel Rechte, die eine Sperrwirkung enthalten, wie die Möglichkeit, Änderungen des Gesellschaftsvertrages zu verhindern und auch die Möglichkeit, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu verhindern (Entscheidungsverhinderungsmacht). Dadurch können nämlich Entscheidungen zwar verhindert, nicht aber positiv beeinflusst, d.h. herbeigeführt werden.³⁴

34) So auch für den Fall der Sperrminorität bei einer Aktiengesellschaft, Würdinger in Großkommentar AktG § 17 Rnr. 5: "Eine Sperrminorität begründet als solche keine Abhängigkeit; mit ihr können Beschlüsse nur blockiert, nicht aber herbeigeführt werden"; ebenso Düringer-Hachenburg HGB Einleitung zu § 178 Anm. 135; a.A. Ritter § 15, Anm. 4 b; dessen Meinung, eine Sperrminorität könne zur Begründung von Abhängigkeit ausreichen, wenn sie die Gesellschaft "mürbe" machen könne, überzeugt schon wegen der begrifflichen Ungenauigkeit dieser Definition nicht.

- cc) Auf Personengesellschaften bezogen bedeutet dies:

Die obengenannten Entscheidungen müssen von dem herrschenden Unternehmen in gesicherter Weise nach seinem Willen beeinflusst werden können, wobei zu beachten ist, daß diese Entscheidungen je nach Gesellschaftsvertrag von einem oder mehreren Geschäftsführern oder von der Gesellschafterversammlung getroffen werden.

Bei der hier in Frage stehenden schlichten Abhängigkeit (zur Frage der Anwendung des, in seinen Voraussetzungen engeren, Konzernbegriffes auf die Personengesellschaften später unter § 5) bleibt festzuhalten, daß sich eine solche gesicherte Beeinflussung nur aufgrund der internen, spezifisch gesellschaftsrechtlichen, Zuständigkeitsordnung ergeben kann, denn die Entscheidungsfindung in einem Unternehmen kann nur dann in gesicherter Weise von einem anderen Unternehmen beeinflusst werden, wenn der Wille des beeinflussenden Unternehmens innerhalb der Organisation des beeinflussten Unternehmens wirksam werden kann. Dies kann nur mit Mitteln organisatorischer Art geschehen³⁵

Folglich kann - läßt man die Möglichkeit

35) so auch Würdinger in Großkommentar AktG, § 17, Anm. 3

des Abschlusses eines Beherrschungsvertrages hier außer Acht - Abhängigkeit in der Regel nur von einem Gesellschafter der Personengesellschaft bestehen oder, anders formuliert: Herrschendes Unternehmen kann bei einer Personengesellschaft immer nur ein Gesellschafter dieser Gesellschaft sein bzw. eine Gruppe von Gesellschaftern, die eine gleichbleibende einheitliche Willensbildung erwarten lassen.³⁶ Von einem Dritten - Nichtgesellschafter - kann die Gesellschaft ausnahmesweise nur dann abhängig sein, wenn dieser in irgendeiner Weise an Organbefugnissen beteiligt ist. Dazu unter Typ VII und VIII.³⁷

Dieser Gesellschafter oder - ausnahmesweise - der Dritte muß Unternehmer i.S. d. GWB sein, denn nur Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Unternehmen unterfallen der Verbundklausel.

Kennzeichnend für die Unternehmereigenschaft im Kartellrecht ist eine auf Waren oder gewerbliche Leistungen sich erstreckende Betätigung im geschäftlichen Verkehr.³⁸ Der beherrschenden Einfluss ausübende Gesellschafter muß sich also außerhalb der beherrschten Gesellschaft im oben genannten Sinne unternehmerisch betätigen.

36) vgl. BGH NJW 1981, 2699 ff. - "Transportbeton im Sauerland"

37) unten S. 69 ff., 88 ff.,

38) vgl. statt vieler Mestmäcker § 23 Rnr. 5

Zu unterscheiden sind im folgenden, welche organisationsrechtlichen Machtmittel bzw. welche Kombination solcher Machtmittel einen Abhängigkeit begründenden, gesicherten Einfluß ergeben.

Als Kriterien, die die Beeinflussung von Entscheidungen zulassen, seien hier genannt und untersucht:

Der Kapitalanteil, die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis und die sonstigen internen Herrschaftsverhältnisse.

Wegen der Vielfalt und der durch die weitgehende Dispositivität des Personengesellschaftsrechts bedingten, unübersehbaren Zahl von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten von Personengesellschaftsverträgen erscheint es zur Erleichterung und Systematisierung der folgenden Darstellung sinnvoll, die fusionsrechtliche Abhängigkeitsdefinition auf eine Typologie von Personengesellschaften anzuwenden, um auf diese Weise das Wesentliche zur Begründung von Abhängigkeit von Personengesellschaften herausstellen zu können.

Dabei kann auch das Zusammenwirken der organisationsrechtlichen Machtmittel Kapitalanteil, Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis und sonstige interne Herrschaftsverhältnisse (wie insbesondere besondere Stimmrechtsverteilungen) anschaulich dargestellt werden.

Dem vorausgestellt seien einige kurze einführende Bemerkungen zu den einzelnen genannten Beherrschungsmitteln.

aaa) Der Kapitalanteil

Anders als bei den Kapitalgesellschaften, wo mit der Kapitaleinlage eines Gesellschafters bestimmte Mitgliedschaftsrechte verbunden sind, insbesondere solche auf Mitverwaltung wie das Stimmrecht in der Hauptversammlung stellt der Kapitalanteil eines Gesellschafters an einer Personengesellschaft nur einen rechnerischen Wert dar, einen ideellen Anteil am Gesamthandsvermögen. Der Kapitalanteil hat nichts zu tun mit dem Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen.³⁹ Ebenso wenig gibt er einem Gesellschafter automatisch bestimmte Mitverwaltungsrechte.

Beim gesetzlichen Regeltypus von OHG und KG hat der Kapitalanteil rechtliche Bedeutung nur für die Frage der Gewinnverteilung (§ 121 HGB), des Entnahmerechts (§ 122 HGB) und bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft.³⁹

Als Kriterium für die Möglichkeiten eines Unternehmer-Gesellschafters wesentliche

39) Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht, § 15 V, S. 105

Entscheidungen der Personengesellschaft an der er beteiligt ist, zu beeinflussen, kann der Kapitalanteil daher im Regelfall nicht angesehen werden.

Bedeutung für die Frage der Abhängigkeit kann der Kapitalanteil aber dann bekommen, wenn er durch entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrages zum Maßstab für andere Rechte als die im Gesetz vorgesehenen gemacht wird, insbesondere für Stimmrechte.

Aber auch in diesem Fall muß ein entsprechender Kapitalanteil nicht per se zu Abhängigkeit führen, denn aufgrund der Dispositivität des Personengesellschaftsrechts kann einem Gesellschafter beispielsweise durch Festlegung entsprechender Mehrheitserfordernisse für bestimmte Beschlüsse das wieder genommen werden, was ihm durch die Höhe seines Kapitalanteils an Herrschaftsmacht eigentlich eingeräumt wäre.

Der Kapitalanteil kann also nicht isoliert für sich betrachtet werden, sondern muß stets im Zusammenhang gesehen werden mit anderen personengesellschaftsrechtlichen Machtmitteln.

bbb) Die Geschäftsführungs- und Vertretungs-
befugnis

Ein geschäftsführungs- und vertretungsbe-
fugter Gesellschafter hat als Leiter der
Geschicke der Gesellschaft und des von die-
ser betriebenen Unternehmens im Normalfall
den weitestgehenden Einfluß auf die Be-
stimmung der wesentlichen Entscheidungen.

Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbe-
fugnis steht bei der BGB-Gesellschaft im
gesetzlichen Regelfall allen Gesellschaf-
tern gemeinschaftlich (§§ 709 I, 714 BGB),
bei der OHG und KG jedem Gesellschafter
bzw. Komplementär alleine (§§ 114 I, 125 I,
161 II HGB) zu. Zu einem Mittel beherr-
schenden Einflusses eines Gesellschafters
kann die Geschäftsführungs- und Vertre-
tungsbefugnis daher nur werden, wenn sie
diesem alleine, unter Ausschluß der übrigen
Gesellschafter, eingeräumt wird.

Andernfalls kommt nur die, noch zu unter-
suchende, Behrrschung durch eine Gruppe von
Gesellschaftern in Betracht.⁴⁰

Aber auch eine solche Alleingeschäftsführungs-
und Vertretungsbefugnis kann nicht automa-

40) unten S. 34 ff.

tisch für sich alleine Abhängigkeit begründen, denn die Geschäftsführungsbefugnis kann durch entsprechende Zustimmungserfordernisse die Ausnahme bestimmter Geschäfte von der Alleingeschäftsführungsbefugnis etc. beschränkt werden.

Das Wechselspiel zwischen Geschäftsführungsbefugnis einerseits und Zustimmungserfordernissen andererseits deutlich zu machen und deren Einfluß auf die Abhängigkeitsfrage aufzuzeigen, soll unten bei den dafür geeigneten Gesellschaftstypen unternommen werden. Dabei wird auch auf die Frage eingegangen werden, welche Bedeutung eine Nur-Geschäftsführungsbefugnis ohne gleichzeitige Vertretungsmacht bzw. eine Nur-Vertretungsmacht ohne gleichzeitige Geschäftsführungsbefugnis für das Entstehen bzw. Nichtbestehen von Abhängigkeitsverhältnissen hat.

ccc) Interne Herrschaftsverhältnisse
(Entscheidungsmacht)

Unter diesem Oberpunkt sollen insbesondere behandelt werden: Abstimmungsmodi, Erfordernisse zur Änderung des Gesellschaftsvertrages, Sonder- und Mehrstimmrechte und Zustimmungserfordernisse in ihrem jeweiligen Zusammenhang mit den anderen genannten Beherrschungsmitteln.

§ 3 - Typologisierung der Personen-
gesellschaften im Hinblick auf die Frage des
Vorliegens von Abhängigkeitsverhältnissen

A. Vorfragen

1. Kriterien und Zeitpunkt der Beurteilung

Bei einer Typologisierung von Personengesellschaften im Hinblick auf Abhängigkeitsverhältnisse stößt man auf das Problem, worauf man bei der Beschreibung und Beurteilung einer bestimmten Personengesellschaft abzustellen hat.

In erster Linie wird dies der Gesellschaftsvertrag sein, denn dieser ist Grundlage der Gesellschaft, vgl. §§ 7o5 BGB, 1o9 HGB.

Die Beurteilung einer Personengesellschaft dahingehend, ob diese von einem ihrer (Unternehmer-) Gesellschafter abhängig ist, kann es aber nicht bei einer isolierten Betrachtung allein des Gesellschaftsvertrages (der ja gar nicht zwingend schriftlich vorliegen muß) belassen.

Gerade weil das Personengesellschaftsrecht in starkem Maße von Dispositivität geprägt ist und weil längst nicht alles, was bei der Leitung der Geschicke der Gesellschaft eine Rolle spielt, im Gesellschaftsvertrag geregelt sein muß, ist bei der Beurteilung der Abhängigkeitslage einer Personengesellschaft auf die Gesamtheit der in der Gesellschaft mit allgemeinem Konsens beachteten, geschriebenen und ungeschriebenen Vertragsregelungen, Geschäftsordnungen etc. und auch Übungen der Gesellschafter, die schon so lange Be-

stand haben, daß mit ihrer Weiterführung zu rechnen ist, abzustellen.

Immer, wenn im folgenden von Gesellschaftsvertrag die Rede sein wird, kann dafür synonym ein anderes Beurteilungskriterium gesetzt werden.

Ein zweites Problem, das sich bei der Beurteilung von Personengesellschaften stellt, ist die Frage nach dem Zeitpunkt, auf den dabei abzustellen ist. Gesellschaftsverträge, Geschäftsordnungen, eine Gesellschafterpraxis etc. und damit auch die Stellung einzelner Gesellschafter oder einer Gruppe von Gesellschaftern, sind ja durch die Gesellschafter je nach Vereinbarung einstimmig oder auf andere Weise beliebig veränderbar. Inwieweit müssen solche möglichen Veränderungen in die Beurteilung der Abhängigkeitslage, die ja zu einem festgesetzten Zeitpunkt, nämlich dem des Zusammenschlusses eines von einer eventuell abhängigen Personengesellschaft betriebenen oder eine solche Gesellschaft eventuell beherrschenden Unternehmens mit einem anderen und der damit verbundenen Prüfung der im § 23 I GWB genannten, zur Anzeigepflicht führenden Kriterien stattzufinden hat, mit einbezogen werden?

Vor Beantwortung dieser Frage ist zunächst auf die einschlägige Entwicklung in der Rechtsprechung hinzuweisen:

Das Kammergericht und der BGH hatten sich im Fall "Springer/az-Anzeigenblatt"⁴¹ mit der Frage des Vorliegens eines unter § 23 II Nr. 2a GWB fallenden Beteiligungserwerbes auseinanderzusetzen. Da hierbei entscheidend auf den Zeitpunkt der Beurteilung abzustellen war, erhalten die Entscheidungen auch Bedeutung für die Beurteilung von Abhängigkeitslagen im Sinne der Verbundklausel.

Der Springer-Verlag hatte dabei zwar durch eine Tochtergesellschaft U-GmbH 49,5 % des Stammkapitals einer Komplementär-GmbH und ebenfalls 49,5 % der Kommanditeinlage der betreffenden Kommanditgesellschaft erworben, durch gesellschaftsvertragliche Regelung entfielen auf diese Anteile aber nur jeweils 249 von 1000 Stimmen in der Gesellschafterversammlung. Beschlüsse in den Gesellschaftsgremien bedurften einer Mehrheit von 700 Stimmen.

In § 11 des Gesellschaftsvertrages der KG (und in dem der GmbH) war bestimmt:

"1. Die Gesellschaft hat kein stimmberechtigtes Kapital.

Die Gesellschafter haben insgesamt 1000 Stimmen. Davon entfallen 751 auf A.K. und 249 auf U-GmbH. Sollten jedoch die einer der Kommanditeinlagen entsprechenden Stimmrechtsverteilung entgegenstehenden Gründe entfallen oder die U-GmbH ihre über 24,9 % des Kommanditkapitals hinausgehenden Gesellschaftsanteile veräußern, so hat die Gesellschaft

+1) KG v. 3.7.1981 in WUW/E OLG 2527; BGH v. 28.9.1982 in NJW 1983, 818; WUW/E BGH 1954

vom Eintritt dieser Bedingung an, stimmberechtigtes Kapital und die Stimmrechtsverteilung richtet sich nach den Anteilen am Kommanditkapital...."

Das BKartA wertete den Vorgang als Zusammenschluß im Sinne des § 23 II Nr. 2a.

Dem schlossen sich KG und BGH unter Abweisung der erhobenen Beschwerde und Rechtsbeschwerde an.

Sprach das KG dabei noch von einem vorübergehenden Ruhen der Stimmrechtsausübungsbefugnis der U-GmbH und bezeichnete als entscheidend, "ob die erworbenen Kapitalanteile an sich ein Stimmrecht gewähren, das von jedem Erwerber ausgeübt werden kann, oder ob Gründe objektiver Art jedem Erwerber verwehren, trotz eines höheren Kapitalanteils entsprechende Stimmrechte in die Hand zu bekommen," so stellte der BGH bei seiner Beurteilung entscheidend auf die Befugnis der U-GmbH ab, über das Stimmrecht zusammen mit dem Kapitalanteil beliebig verfügen zu können.

Wegen der im Gesellschaftsvertrag rechtlich abgesicherten Möglichkeit, den Kapitalanteil und die damit verbundenen Stimmrechte an ihr genehme Dritte übertragen zu können und im eigenen Interesse ausüben zu lassen, erschien es dem BGH gerechtfertigt, "den Erwerb des Kapitalanteils wegen des damit verbundenen Verfügungs- und Gestaltungsrechts von Anfang an - und nicht erst mit der Weiterveräußerung - dem Erwerb stimmberechtigten Kapitals gleichzusetzen und demgemäß einen Zusammenschlußtatbestand in Sinne des § 23 II Nr. 2a GWB anzunehmen."

Der Entscheidung des BGH ist, auch soweit Probleme der Verbundklausel zu lösen sind, zuzustimmen. Zur Begründung soll versucht werden, eine generelle Regel zu finden.

Festzuhalten bleibt zunächst, daß die Bedürfnisse der praktischen Handhabung der Verbundklausel und auch der Zusammenschlußtatbestände des § 23 II GWB, die eine klare Beantwortung der Frage nach der Abhängigkeit einer Personengesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt erforderlich machen, in ständiger Kollision mit den gerade bei diesen Personengesellschaften einfachen Möglichkeiten zu Änderungen der Ausgestaltung der Gesellschaften steht.

Würde man stets auf diese Möglichkeiten zu Änderungen abstellen, käme man zu dem unsinnigen Ergebnis, daß jede Personengesellschaft von ihrem (eventuell vorhandenen) Unternehmer-Gesellschafter abhängig wäre, denn diese Abhängigkeit ließe sich, falls noch nicht aktuell vorhanden, jederzeit begründen. Würde man andererseits stets nur auf die aktuelle Ausgestaltung der Gesellschaft im Zeitpunkt der Beurteilung abstellen, so wäre Umgehungen Tür und Tor geöffnet, denn es wird praktisch selten schwerfallen, eine Gesellschaft für den (erwarteten) Zeitpunkt der fusionsrechtlichen Beurteilung so auszugestalten, daß eine Abhängigkeitslage nicht ersichtlich ist.

Zwischen beiden, nicht praktikablen, Extremlösungen gilt es, einen gangbaren Mittelweg zu finden. Dabei auszuschneiden ist die Möglichkeit wahrscheinlicher oder vermutlicher Änderungen der Gesellschaftsgrundlagen nach dem Beurteilungszeitraum.

Wahrscheinlichkeit und Vermutlichkeit sind keine Begriffe, die eine gesicherte praktische Anwendung der Verbundklausel zulassen würden.

Eine einheitliche und gesicherte Rechtsanwendung wäre nicht gewährleistet, eine Übersehbarkeit möglicher Entscheidungen nicht gegeben.

Auf Möglichkeiten zur Veränderung der Ausgestaltung der Gesellschaft kann vielmehr nur dann bei der Beurteilung der Abhängigkeitslage Rücksicht genommen werden, wenn diese Möglichkeit schon in der zum Beurteilungszeitpunkt aktuellen Ausgestaltung zum Ausdruck gekommen ist.

Nur in diesem Fall kann zuverlässig beurteilt werden, welche Veränderungsmöglichkeiten von den Gesellschaftern bereits in Betracht gezogen worden sind. Durch solche gesicherte Veränderungsmöglichkeiten kann ein Gesellschafter oder eine Gruppe von Gesellschaftern bereits im Beurteilungszeitpunkt eine Stellung innehaben, die die Gesellschaft schon jetzt als von ihm abhängig erscheinen läßt.

Die Veränderungsmöglichkeiten müssen also auf einen bestimmten Gesellschafter zugeschnitten sein, etwa indem ihm eigene Verfügungs- und Gestaltungsrechte eingeräumt sind.

Nur die einseitige Veränderungsmöglichkeit kann die Gesellschaft in ihren wesentlichen Entscheidungen dem Willen eines Gesellschafters unterwerfen. Nur die einseitige, nicht die allgemeine, kollektive Möglichkeit zur Veränderung ist bei der Verbundklausel zu berücksichtigen.

Durch das Anklangserfordernis ist eine gesicherte Beurteilung der Rechtslage und eine einheitliche Anwendung der Verbundklausel in der Praxis möglich.

Den geforderten Anklang in der aktuellen Ausgestaltung der Gesellschaft kann eine einseitige Veränderungsmöglichkeit sowohl im Gesellschaftsvertrag als auch in beliebigen anderen Vereinbarungen der Gesellschafter finden. Auch hier ist also nicht einseitig am Gesellschaftsvertrag festzuhalten.

Im Grunde dreht es sich somit nicht um eine Frage des Beurteilungszeitpunktes, sondern um die Frage, inwieweit künftig auszuübende Befugnisse und Möglichkeiten schon im vorgegebenen Zeitpunkt der Beurteilung zu berücksichtigen sind, weil sie die Stellung eines Gesellschafters schon jetzt prägen.

Bei der folgenden Typologisierung ist daher stets zu berücksichtigen, daß die Typen, bei denen Abhängigkeit bejaht wird, nicht unbedingt im konkreten Beurteilungszeitpunkt so vorliegen müssen. Gleich zu behandeln sind vielmehr alle Ausgestaltungen, in denen einem Gesellschafter die Befugnis zur einseitigen Schaffung eines solchen Typs gegeben ist.

2. Beherrschung durch eine Gruppe von Gesellschaftern

Dieses Problem soll nicht bei den einzelnen Typen, sondern einheitlich als Vorfrage behandelt werden. Die Frage betrifft zwar nicht die Verbundklausel, sondern die Mehrmütterklausel des § 23 S. 2, 2. Halbsatz GWB, sie soll aber dennoch hier wegen des engen Zusammenhanges mit den für die Verbundklausel wichtigen Fragen erörtert werden. Die Mehrmütterklausel erstreckt ja

lediglich die Wirkung der Verbundklausel auf Fälle, in denen nicht ein, sondern mehrere Unternehmen gemeinsam beherrschenden Einfluß auf ein anderes Unternehmen ausüben können.

Zunächst bleibt festzuhalten, daß es schon nach dem Wortlaut der Mehrmütterklausel nicht nötig ist, daß eine gemeinsame Beherrschung aufgrund von rechtlichen Bindungen⁴² oder Vereinbarungen erfolgt. Vielmehr genügen auch tatsächliche Umstände zur Begründung eines gemeinsamen beherrschenden Einflusses durch eine Gruppe von Gesellschaftern⁴³

Fraglich ist lediglich, unter welchen Umständen eine solche gemeinsame Beeinflussung angenommen werden kann. Die h.M. verlangt zunächst eine gesicherte einheitliche Einflußnahme dieser Gruppe von Gesellschaftern⁴⁴, nicht genügen soll lediglich ein Aufeinanderangewiesensein der Gesellschafter bei Beschlußfassungen.⁴⁵

Dem ist im Sinn des hier verwendeten Abhängigkeitsbegriffes zuzustimmen.

Positiven Einfluß auf die wesentlichen Entscheidungen der abhängigen Gesellschaft kann eine Gruppe von Gesellschaftern nur bekommen, wenn in dieser Gruppe

42) wie Stimmbindungsverträgen, vgl. Hopt § 119, Anm. 2

43) so auch die h.M.; vgl. Mestmäcker, § 23, Rnr. 52; Kleinmann-Bechthold, § 23 Rnr. 236 ff.; Westrick-Loewenheim, § 23, Rnr. 118 ff.; KG WUW/E OLG 2265, 2267; BGH NJW 81, 2699 f. - "Transportbeton Sauerland".

44) Vgl. Steindorff, Wettbewerbliche Einheit, S. 44; Autenrieth DB 1982, 753, 757; Röhling, DB 73, 1585, 1588; Mestmäcker § 23 Rnr. 53; Huber, Gemeinschaftsunternehmen, S.154 ff.; BGH NJW 82, 2699 f.

45) So aber Säcker NJW 1980, 801 für den Fall der paritätischen 50:50 Beteiligung und Emmerich, AG 1980, 205, 215; dagegen Steindorff NJW 1980, 1921

eine gleichbleibende einheitliche Willensbildung gesichert ist. Das bloße Aufeinanderangewiesensein bei der Beschlußfassung gibt dagegen per se lediglich die Möglichkeit, Entscheidungen zu verhindern, sagt aber noch nichts über eine Unterwerfung dieser Entscheidungen unter einen gemeinsamen Willen aus.

Im übrigen war im Gesetzgebungsverfahren auch der Ausschuß für Wirtschaft des Deutschen Bundestages der Auffassung, daß die Formulierung "Zusammenwirken aufgrund einer Vereinbarung oder in sonstiger Weise" sicherstelle, daß nur ein "bewußtes und gewolltes Zusammenwirken mit einer gewissen Planmäßigkeit unter diese Regelung (Anm.: der Mehrmütterklausel) fällt ..."⁴⁶

Es bleibt noch das Problem, daß jede Personengesellschaft der Beeinflussung durch ihre Gesellschafter unterliegt, d.h., wie Mestmäcker es ausdrückt⁴⁷ "von ihren Gesellschaftern gesellschaftsrechtlich "abhängig" ist".

Um im Bereich der Mehrmütterklausel nicht stets zur Bejahung von Abhängigkeit zu kommen, ist daher eine Vereinheitlichung der Leitungsmacht der beherrschenden Gruppe von Gesellschaftern zu fordern, die über die für die Personengesellschaften übliche gemeinsame Interessenslage und Leitungsmacht hinausgeht.⁴⁸

46) Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft zu dem ... Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 7/765 S. 7

47) § 23, Rnr. 54

48) Vgl. BGH NJW 1984, 2699 f.

Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn das Tochterunternehmen nur eine dienende Tätigkeit für die Muttergesellschaften erfüllt, etwa deren Güter vertreibt.

Wo in den folgenden Typen Ausgestaltungen auftreten, die sich besonders für eine Gruppenbeherrschung eignen, wird für die Voraussetzungen zu dieser Gruppenbeherrschung auf das Obige verwiesen.

B. TYPOLOGISIERUNG

Typ I - Der gesetzliche Typ (mit Befreiung vom Wettbewerbsverbot des § 112 HGB)

I. Ausgestaltung

1. Bei diesem Typ treten uns die vier zu untersuchenden Formen von Personengesellschaften BGB-Gesellschaft, OHG, KG und GmbH & Co. KG⁴⁹ in der Weise entgegen, daß der Kapitalanteil jeweils beliebig ist.
2. Die Geschäftsführungsbefugnis erscheint bei der BGB-Gesellschaft in Form der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis nach § 709 I BGB, bei der OHG in Form der Einzelgeschäftsführungsbefugnis nach § 114 I HGB, bei der KG und GmbH & Co. KG in Form der Einzelgeschäftsführungsbefugnis des oder der persönlich haftenden Gesellschafter bzw. der Komplementär-GmbH (§§ 163, 164, 161 II, 114 I HGB). Die Vertretungsbefugnis ist entsprechend geregelt (§§ 714 BGB, 125 I, 161 II HGB).
3. Die internen Herrschaftsverhältnisse sind durch das Prinzip der Einstimmigkeit bei der Beschlußfassung der Gesellschafter (§§ 709 I BGB, 119 I HGB) geprägt.

II. Beurteilung

1. BGB-Gesellschaft

Beim gesetzlichen Typus der BGB-Gesellschaft

49) Zur stillen Gesellschaft s.u. Typ IX, S. 128 ff.

spielt die Höhe des Kapitalanteils der einzelnen Gesellschafter für die gesellschaftsinterne Willensbildung keine Rolle, weder wenn es um Akte der Geschäftsführung, noch wenn es um Änderungen des Gesellschaftsvertrages geht.

Wegen des stark personenorientierten Charakters der BGB-Gesellschaft und deren strikter Bindung an einen bestimmten, oftmals sehr engen Zweck, ist die BGB-Gesellschaft auf notwendige übereinstimmende Mitwirkung aller Gesellschafter bei Fragen von Geschäftsführung und Gesellschaftsvertragsänderung ausgelegt.

Augenfälligstes Merkmal dafür ist das Einstimmigkeitsprinzip in beiden Entscheidungsbereichen.⁵⁰

Insbesondere durch das Prinzip der einverständlichen Gesamtgeschäftsführung wird es beim gesetzlichen Regeltypus der BGB-Gesellschaft ausgeschlossen, daß diese unter den bestimmenden Einfluß eines ihrer (Unternehmer-)Gesellschafter gerät. Weder ein einzelner, noch eine Gruppe von Gesellschaftern ist in der Lage, auf die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft in der hier geforderten, gesellschaftsorganisationsrechtlichen Weise, auf Dauer bestimmenden Einfluß zu gewinnen, denn ihm fehlt jede Möglichkeit der Durchsetzung seines Willens gegenüber dem auch nur eines anderen widersprechenden Mitgesellschafter.

Die BGB-Gesellschaft des gesetzlichen Typs kann daher nie von einem ihrer (Unternehmer-)Gesellschafter abhängig sein.

50) Vgl. § 709 BGB für Akte der Geschäftsführung, Palandt-Thomas § 705 Anm. 3 b für Änderungen des Gesellschaftsvertrages

2. OHG

Die Behandlung des gesetzlichen Regelfalles der OHG im Rahmen der Verbundklausel bereitet deswegen gewisse Schwierigkeiten, weil die Beteiligung an einer solchen Gesellschaft möglicherweise regelmäßig den Zusammenschlußtatbestand des § 23 II Nr. 2, S. 4 GWB erfüllt und der Schluß naheliegt, daß, wenn jener erfüllt ist, auch Abhängigkeit i. S. d. Verbundklausel vorliegt.^{51).}

Jeder Gesellschafter einer dem gesetzlichen Regelfall entsprechenden OHG hat nämlich innerhalb der Gesellschaft die Gesamtheit der Verwaltungsrechte⁵² inne, die im Aktienrecht von einer Sperrminorität gehalten werden: er kann Änderungen des Gesellschaftsvertrages verhindern (vgl. § 179 II AktG), denn diese sind nur einstimmig möglich; er kann, weil kein Gesellschafter befugt ist, seinen Kapitalanteil ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter zu vermindern⁵³, Maßnahmen der Kapitalherabsetzung verhindern (vgl. §§ 221 I, 229 III AktG); auch eine Nachschußpflicht der Gesellschafter kann nicht gegen seinen Willen durchgesetzt werden (vgl. § 182 I AktG), ebenso wenig der Abschluß von Unternehmensverträgen (vgl. §§ 292 I, 295 I iVm. 293 I AktG), die Eingliederung der Gesellschaft in eine andere - soweit dies bei einer OHG überhaupt möglich ist - (vgl. § 319 II AktG) und die Verschmelzung, Umwandlung und Vermögensübertragung (vgl. §§ 340 II,

51) Vgl. Steindorff, Wettbewerbliche einheit, S. 30

52) Vgl. Mestmäcker § 23, Rnr. 158

53) Vgl. Hueck Gesellschaftsrecht § 15 VI 3

353 I. 354 I, 359 II, 362 I AktG), denn für alle diese Maßnahmen ist wegen des Einstimmigkeitsprinzips auch seine Zustimmung nötig.

Der Schluß, daß, wenn zwischen zwei Unternehmen ein Zusammenschlußtatbestand des § 23 II GWB erfüllt ist, auch die Verbundklausel erfüllt ist, ist jedoch nicht stichhaltig.

Der Zusammenschlußbegriff und der der verbundenen Unternehmen in § 23 GWB ist nicht identisch.

Dies zeigt sich schon daran, daß, für den Fall einer abhängigen AG, die Verbundklausel auf §§ 17, 18 AktG verweist, wo lediglich von beherrschendem Einfluß gesprochen wird, dieser erst ab einer Mehrheitsbeteiligung in § 17 II AktG auch vermutet wird, andererseits aber zur Verwirklichung des Zusammenschlußtatbestandes des § 23 II Nr. 2a GWB ein Erwerb von 25 % der Anteile eines anderen Unternehmens genügt. Daraus folgt, daß Abhängigkeit im Sinne der Verbundklausel etwas qualitativ an höhere Voraussetzungen gebundenes ist als Zusammenschluß im Sinne des § 23 II GWB.

Daher kann der Zusammenschlußbegriff des § 23 II, auch nach Einfügung des Satzes 4 in dessen Nr. 2 nur bedingt, wenn überhaupt, zur Auslegung des Abhängigkeitsbegriffes der Verbundklausel herangezogen werden.

Besser und der Klarheit förderlicher wäre es, die Probleme des Zusammenschlußtatbestandes und der Abhängigkeit im Sinne der Verbundklausel völlig voneinander zu trennen, und die Abhängigkeitsfrage allein nach dem hier benutzten fusionsrechtlichen Abhängigkeitsbegriff zu untersuchen.

Danach ergibt sich:

Auch beim Regeltypus der OHG ist, wie bei der BGB-Gesellschaft der Kapitalanteil der einzelnen Gesell-

schafter ohne Bedeutung für die gesellschaftliche Willensbildung, denn jeder Gesellschafter ist unabhängig von der Höhe seines Kapitalanteils zur Einzelgeschäftsführung und Einzelvertretung befugt, § 114 I, 125 I HGB und Beschlußfassungen erfolgen im Wege der Einstimmigkeit, § 119 I HGB; selbst wenn der Gesellschaftsvertrag Stimmenmehrheit genügen läßt, so bedeutet dies, § 119 II HGB im Zweifel, daß diese Mehrheit nach Köpfen und nicht nach Kapitalanteilen zu bemessen ist.

Der beherrschende Einfluß eines Gesellschafters könnte also nur auf seiner Befugnis zur Einzelgeschäftsführung beruhen.

Dem steht jedoch das Widerspruchsrecht der anderen (geschäftsführenden) Gesellschafter entgegen (§ 115 HGB).

Zu einer auf Dauer gegebenen, positiven Beeinflussungsmöglichkeit der die wesentlichen Entscheidungen betreffenden Willensbildung innerhalb der Gesellschaft kann es in gesicherter Weise nicht kommen, wenn jeder Gesellschafter ihm unangenehme, die Geschäftsführung betreffenden Maßnahmen und Entscheidungen, aufgrund seines Widerspruchsrechtes, die innere Verwaltung der Gesellschaft betreffende Entscheidungen aufgrund des Einstimmigkeitsprinzips verhindern könnte.

Daher kann es auch keinen beherrschenden Einfluß durch eine Gruppe von Gesellschaftern geben, denn auch deren Bemühen könnte sich ein einzelner Gesellschafter erfolgreich entgegensetzen.

Beim gesetzlichen Regeltyp der OHG ist somit das Entstehen einer Abhängigkeitslage nicht möglich.

3. KG

Anders als bei der OHG liegen die Dinge bei der KG, denn hier sind die Kommanditisten von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen und haben auch, vom Fall des Hinausgehens über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb abgesehen, kein Widerspruchsrecht gegen Geschäftsführungsakte des/der Komplementäre, § 164 HGB.

Für die Beschlußfassung der Gesellschafter, etwa über die Vornahme von Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen und über die Änderungen des Gesellschaftsvertrages bedarf es auch hier der Einstimmigkeit, §§ 161 II, 119 I HGB.

Bei der Beurteilung der KG hinsichtlich der Frage des Vorliegens fusionsrechtlich relevanter Abhängigkeitslagen sind zwei Gruppen zu unterscheiden:

- a) In der KG ist nur ein persönlich haftender (Unternehmer-) Gesellschafter vorhanden.

Abhängigkeit der KG von diesem Komplementär läge dann vor, wenn seine gesetzliche Stellung (unter Befreiung vom Wettbewerbsverbot des § 112 HGB) ihm einen beständigen gesicherten Einfluß auf die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft einräumen würde.

Dies ist für den Fall des Einzelkomplementärs zu bejahen.

Die Entscheidungen über das Marktverhalten der Gesellschaft, ihre Finanzierungs-, Investitions- und Rationalisierungsmaßnahmen werden nämlich beim Regeltyp auf der Ebene der Geschäftsführung, nicht

auf der der Gesellschafterversammlung getroffen. Daraus folgt, daß der Einzelkomplementär diese Entscheidungen jederzeit in ihm genehmer Weise beeinflussen kann, denn er selbst kann sie alleine treffen.

Eine Grenze findet seine Beeinflussungsmöglichkeit der wesentlichen Entscheidungen lediglich im Zustimmungserfordernis für außergewöhnliche Geschäfte u. §§ 164, 161 II, 116 II HGB.

Dieses Zustimmungserfordernis kann aber nichts an der Abhängigkeitslage ändern, denn die wesentlichen Entscheidungen liegen in aller Regel im Bereich des für den Betrieb des Handelsgewerbes einer Gesellschaft Üblichen. Marktverhalten sowie Finanzierungsentscheidungen sind ja geradezu typische Entscheidungen in einem solchen Handelsbetrieb.

Lediglich in Teilbereichen liegen ungewöhnliche Geschäfte vor, etwa bei der Entscheidung, neue Geschäftszweige aufzunehmen.⁵⁴ Wie noch zu zeigen sein wird, können aber diese dispositiv gesetzlich vorgesehenen Zustimmungserfordernisse an der Abhängigkeitslage nichts ändern, da sie die beherrschende Stellung des einzigen Komplementärs nicht in entscheidender Weise zu beeinträchtigen vermögen. Es bedarf also gar keiner gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Ausnahmen von den gesetzlichen Zustimmungserfordernissen um eine Abhängigkeitslage zu schaffen. Sind solche Ausnahmen vorhanden, so sind sie ein zusätzlicher Hinweis auf die Abhängigkeitslage.

54) Vgl. Baumbach-Duden-Hopt § 116 Anm. 1 B

Auch wenn man sich der Meinung D. Reuters anschließen wollte, § 116 HGB sei dahin zu ergänzen, "daß Geschäfte der abhängigen Personengesellschaft mit dem herrschenden Unternehmensgesellschafter ohne Rücksicht auf ihre gewöhnliche oder außergewöhnliche Natur der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfen",⁵⁵ bleibt es für die Regel-KG mit Einzelkomplementär bei der fusionsrechtlichen Abhängigkeitslage, denn zur Gefährdung des Wettbewerbes, dessen Schutz die fusionskontrollrechtlichen Vorschriften bezwecken, ist eine geschäftliche Verbindung zwischen dem Unternehmer-Gesellschafter und der von ihm abhängigen Personengesellschaft nicht unbedingt nötig. Zu einem abgestimmten Marktverhalten zwischen dem Unternehmer-Gesellschafter und dem beherrschenden Unternehmen kann es auch ohne solche Geschäfte kommen.

Festzuhalten bleibt hier schließlich noch, daß die Abhängigkeit der Gesellschaft vom allein geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter, der, wie beim gesetzlichen Typ, nicht in einer die Abhängigkeit ausschließenden Weise durch Zustimmungserfordernisse beeinträchtigt ist, nicht durch die Kontrollrechte der anderen Gesellschafter nach § 166 HGB ausgeschlossen wird. Während das Zustimmungsrecht seiner Natur nach Geschäftsführung darstellt⁵⁶, gewährt das Kontrollrecht keinerlei Einfluß auf Gesellschaftsentscheidungen, sondern

55) Reuter, ZHR 146/1982, 1,6

56) BGH LM HGB § 109 Nr. 6

dient lediglich informatorischen Zwecken, hat daher mit Geschäftsführung nichts zu tun und spielt bei der Frage nach der Abhängigkeit einer Gesellschaft von einem ihrer Gesellschafter keine Rolle.

Auch das stets gegebene Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung in Fragen der Geschäftsführung⁵⁷ kann nichts an der Abhängigkeit der dem gesetzlichen Typ entsprechenden KG von ihrem einzigen Komplementär ändern, denn wegen des hier geltenden Einstimmigkeitsprinzips beim Fassen von Gesellschafterbeschlüssen kann der Beschluß, eine solche Weisung zu erteilen, nicht gegen den Willen dieses Komplementärs gefaßt werden.

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß die Regel-KG von ihrem alleinigen persönlich haftenden Unternehmer-Gesellschafter im fusionsrechtlichen Sinne abhängig ist. Dieses Ergebnis vermag auch den Unterschied des fusionsrechtlichen Abhängigkeitsbegriffes zu dem des Aktienrechtes zu verdeutlichen.

Bedeutet Abhängigkeit im Aktienrecht völlige Willensunterwerfung der abhängigen Gesellschaft⁵⁸, so muß sich diese Unterwerfung zur Begründung fusionsrechtlicher Abhängigkeit eben nur auf bestimmte Entscheidungen beziehen, da nur diese kartellrechtlich relevant sind.

57) Vgl. Baumbach-Duden-Hopt § 114, Anm.3 C

58) Vgl. RGZ 167, 40, 49 - "Thega"

Im Sinne des aktienrechtlichen Abhängigkeitsbegriffes wäre die Regel-KG mit Einzel-Komplementär wegen des Einstimmigkeitsprinzips bei Beschlüssen der Gesellschafterversammlung⁵⁹ von diesem Komplementär nicht abhängig, wohl aber im Sinne des Fusionsrechtes.

- b) In der KG sind mehrere persönlich haftende (Unternehmer-) Gesellschafter vorhanden.

Aus dem oben zur Abhängigkeitslage bei der OHG und bei der KG mit Einzelkomplementär Gesagten ergibt sich für die jetzt zu untersuchende Fallgruppe folgendes:

- aa) Handeln die Komplementäre aufgrund einer Interessenlage und Leistungsmacht, die nicht über das für Personengesellschaften typische hinausgeht⁶⁰, so kann die Beurteilung der Abhängigkeitslage nicht anders erfolgen als bei der OHG:

Wegen des Widerspruchsrechtes (§§ 161 II, 115 I HGB) der anderen Komplementäre gegen Geschäftsführungshandlungen eines von ihnen, können wesentliche Entscheidungen von keinem der Komplementäre auf Dauer in gesicherter Weise beeinflusst werden.

59) die z.B. die Bilanz festzustellen hat, vgl. Hopt § 164 Anm. 1 B

60) zu dieser Abgrenzung vgl. BGH NJW 81, 2699, "Transportbeton Sauerland" und oben S. 34 ff.

Eine Abhängigkeit von einem oder mehreren (aber nicht allen) Komplementären kann daher nicht entstehen.

bb) Anders liegt der Fall aber dann, wenn alle Komplementäre aufgrund einheitlicher Leistungsmacht⁶¹ handeln. Dann nämlich bilden sie eine homogene Gruppe und sind als solche dem Einzelkomplementär gleichzustellen (§ 23 II S.2 Hs 2 GWB))

Von dieser Gruppe ist die KG im fusionsrechtlichen Sinne abhängig.

4. GmbH & Co. KG

Hier kann auf das zur KG mit Einzelkomplementär Gesagte verwiesen werden.

Es liegt Abhängigkeit von der Komplementär-GmbH vor bzw. von der Person oder Personengruppe, die die Entscheidungen der GmbH in maßgeblicher Weise beeinflussen kann.⁶²

Typ II - Gesellschaft mit nur geringen Abweichungen von der gesetzlichen Regelung, insbesondere mit Abstimmung in der Gesellschafterversammlung nach Kapitalanteilen.

61) Vgl. dazu BGH NJW 1981, 2699 - "Transportbeton Sauerland" und S. 34 ff.

62) Vgl. BGH NJW 1981, 2699, wo dies ohne weiteres angenommen wird

I. Die Ausgestaltung

1. Die zu untersuchenden Arten der Personengesellschaften treten uns hier hinsichtlich der Ausgestaltung der Geschäftsführungsbefugnis wieder in der gesetzlichen Regelung gegenüber, lediglich mit der Abweichung, daß auch für die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts der dispositive § 709 I BGB abbedungen ist und auch hier Einzelgeschäftsführungsbefugnis mit Widerspruchsrecht der anderen Gesellschafter besteht.

Es sind die gesetzlichen Zustimmungserfordernisse für einschneidende Akte der Geschäftsführung vorgesehen, wie etwa für die Aufnahme neuer Betriebszweige, der Errichtung und Aufhebung von Niederlassungen und die Aufnahme von Krediten in für die normale Tätigkeit der Gesellschaft ungewöhnlicher Höhe.

2. Bei den internen Herrschaftsverhältnissen liegen folgende Besonderheiten vor:

- a) Die Abstimmung in der Gesellschafterversammlung erfolgt nach Kapitalanteilen, etwa in der Weise, daß jeweils DM 1.000.-- Kapitalanteil eine Stimme geben.

Es genügt im Regelfall eine einfache Mehrheit in den Abstimmungen zur Beschlußfassung.

- b) Bei Veräußerung des Geschäftsbetriebes (bei der GBR der für die Erreichung des Gesellschaftszweckes bestimmten Vermögensgegenstände) im Ganzen oder zu wesentlichen Teilen und für Änderungen des Gesellschaftsvertrages ist jedoch Einstimmigkeit nötig.

II. Beurteilung

1. BGB-Gesellschaft

- a) Unabhängig von der Höhe des Kapitalanteiles der einzelnen Gesellschafter ist bei beiden Gesellschaften in der hier untersuchten Ausgestaltung eine Abhängigkeitslage nicht gegeben.

Die Abweichung vom gesetzlichen Typus in der Weise, daß bei der Beschlußfassung in der Gesellschafterversammlung das Mehrheitsprinzip, errechnet nach Kapitalanteilen gilt, kann für die Frage des Vorliegens von Abhängigkeit von einem Gesellschafter oder von einer Gruppe von Gesellschaftern nur dann von Bedeutung sein, wenn die Gesellschafterversammlung auch in die Willensbildung hinsichtlich der wesentlichen Entscheidungen einbezogen ist.

Diese Willensbildung vollzieht sich wegen der außerorientierten Definition der wesentlichen Entscheidungen beim gesetzlichen Typus ausschließlich im Bereich der Geschäftsführung durch die einzelnen Gesellschafter.

Eine Verlagerung der die wesentlichen Entscheidungen betreffenden Willensbildung auf die Ebene der Gesellschafterversammlung vollzieht sich bei den vom gesetzlichen Typ abweichenden Gestaltungsformen der Personengesellschaften in aller Regel durch die Festlegung bestimmter Zustimmungserfordernisse für Geschäftsführungshandlungen, über

die dann die Gesellschafterversammlung (oder auch ein Beirat) zu entscheiden hat.

Bei den hier angenommenen Zustimmungserfordernissen, die lediglich Handlungen betreffen, die sich im Vergleich zur sonstigen Tätigkeit der Gesellschaft als außergewöhnlich bzw. extrem darstellen und somit lediglich die gesetzliche Regelung in § 116 I, II HGB etwa durch Angabe einer bestimmten Wertgrenze konkretisieren, wird der Gesellschafterversammlung und damit einem Mehrheitsgesellschafter aber kein bestimmender Einfluß auf die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft eingeräumt.

Die benannten Zustimmungserfordernisse sollen lediglich tiefgreifende Änderung im Wirken der Gesellschaft von der Mehrheitsentscheidung aller abhängig machen, lassen den Geschäftsführern aber ansonsten freie Hand.

Deswegen und wegen des Widerspruchsrechtes der anderen Gesellschafter gegen Geschäftsführerhandlungen, kann bei der hier untersuchten Ausgestaltung von GBR und OHG eine Abhängigkeitslage nicht entstehen.

2. KG und GmbH & Co. KG

Bei der KG und der GmbH & Co. KG ändert sich wegen der oben gezeigten Unbeachtlichkeit der Zustim-

mungserfordernisse für die Frage der Abhängigkeit in der Beurteilung nichts gegenüber Typ I. Es liegt also Abhängigkeit vom alleinigen Komplementär bzw. der Komplementär-GmbH vor, keine Abhängigkeit dagegen von einem einzelnen Komplementär, oder von einer Gruppe, wenn mehrere Komplementäre vorhanden sind.

Typ III

Wie Typ I oder II, aber das Widerspruchsrecht der anderen geschäftsführenden Gesellschafter ist ausgeschlossen.

I. Ausgestaltung wie oben

Also bei OHG und KG gesetzliche Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis und der Zustimmungserfordernisse, bei der BGB-Gesellschaft ebenfalls gesetzliche Regelung oder gesellschaftsvertraglich festgelegte Einzelgeschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis mit Zustimmungserfordernis für ungewöhnliche Geschäfte.

Kein Widerspruchsrecht der anderen Geschäftsführer. Die Abstimmung in der Gesellschafterversammlung erfolgt entweder einstimmig oder mehrheitlich nach Köpfen oder Kapitalanteilen.

II. Beurteilung

1. BGB-Gesellschaft

Ist der gesetzliche Typ gegeben, so ist ein Widerspruchsrecht wegen der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis gegenstandslos.

Ist Einzelgeschäftsführungsbefugnis mit Ausschluß des Widerspruchsrechtes gegeben, so gilt wegen der Gleichheit der Ausgestaltung auch für die GBR das im folgenden für die OHG zu Sagende.

2. OHG

- a) Ein völliger Ausschluß des Widerspruchsrechtes bei gleichzeitiger Einzelgeschäftsführungsbefugnis aller Gesellschafter wird praktisch nicht vorkommen, denn die Gesellschaft würde sich somit durch mögliche gegensätzliche Entscheidungen ihrer Geschäftsführer selbst lähmen.

Ein Widerspruchsrecht ist vielmehr stets dann, eventuell durch ergänzende Auslegung des Gesellschaftsvertrages, gegeben, wenn das Handeln eines geschäftsführenden Gesellschafters im direkten Gegensatz zu dem der Mitgeschäftsführer steht.⁶³

Wie bei Typ I gezeigt, gibt die Einzelgeschäftsführungs (und vertretungs-)befugnis jedem Gesellschafter, der diese innehat, eine Stellung, in der er die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft in ihm genehmer und gesicherter Weise beeinflussen kann.

63) So auch Baumbach-Duden-Hopt, § 115, Anm. 2a

lediglich das Widerspruchsrecht der anderen Gesellschafter hat ihm diese Stellung für den gesetzlichen Regeltyp der OHG wieder genommen, denn es hat seinem Einfluß das Moment der Gesichertheit genommen.

Aber auch die Abbedingung des Widerspruchsrechtes außer für den Fall des direkten Gegensatzes zu Handlungen der Mitgeschäftsführer, gibt ihm eine solche, Abhängigkeit begründende, gesicherte Möglichkeit der Beeinflussung von wesentlichen Entscheidungen nicht. Gesicherte Beeinflussung heißt ja gerade, daß der eigene Wille gegen alle Widerstände in der Gesellschaft durchgesetzt werden kann. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn Entscheidungen nicht getroffen werden könnten, weil ein Mitgeschäftsführer bereits in anderer Weise über sie entschieden hat und daher gegen entgegenstehende Entscheidungen anderer Geschäftsführer doch ein Widerspruchsrecht hat.

- b) Vielfach wird das Problem der Lähmung der Gesellschaft durch völlige Abschaffung des Widerspruchsrechtes dadurch zu lösen versucht, daß im Gesellschaftsvertrag bestimmt wird, daß bei gegensätzlichen Handlungen der geschäftsführende Gesellschafter die Gesellschafterversammlung mit der Mehrheit ihrer nach Kapitalanteilen bestimmten Stimmen darüber zu entscheiden hat, welche der sich widersprechenden Handlungen nun vorzunehmen sei und welche zu unterbleiben habe.

Bei einer solchen Regelung ist die Entstehung einer Abhängigkeit der OHG von einem ihrer Gesellschafter sehr wohl möglich. Derjenige Gesellschafter (bzw. diejenige Gruppe von mit einheitlicher Leitungsmacht handelnden Gesellschaftern) hat dann nämlich eine gesicherte Beherrschungsmöglichkeit, der hinsichtlich der Kapitalanteile eine Mehrheit hat.

Mit dieser Mehrheit kann er bzw. die einheitlich handelnde Gruppe, dann seine Geschäftsführungshandlungen auch gegen den Willen der anderen Gesellschafter durchsetzen. Die Mehrheit in der Gesellschafterversammlung kann ein Gesellschafter dabei auch durch den Abschluß von Stimmbindungsverträgen mit einigen seiner Mitgesellschafter erreichen.⁶⁴

Hat kein Gesellschafter eine solche Mehrheit, bzw. findet sich keine Gruppe von einheitlich handelnden Gesellschaftern, die als Gruppe eine Mehrheit hätten, zusammen, so liegt eine Abhängigkeitslage nicht vor, denn die Abstimmungsergebnisse in der Gesellschafterversammlung sind nicht vorausberechenbar, ein Einfluß somit nicht gesichert.

64) Zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen bei Personengesellschaften siehe Baumbach-Duden-Hopt, HGB § 119, Anm. 2 G; A. Hueck in FS Nipperdey zum 70. Geburtstag am 21.1.1965, 65 I S. 401; ders. OHG § 11 II 3, S. 167; Immenga NJW 1980, 1417 f.

3. KG

Das Widerspruchsrecht ist hier nur von Bedeutung, wenn mehrere geschäftsführende Komplementäre vorhanden sind. (Das Widerspruchsrecht der Kommanditisten bei außergewöhnlichen Geschäften n. § 164 HGB kann außer Betracht bleiben, denn die wesentlichen Entscheidungen werden in aller Regel im Rahmen der üblichen Geschäfte einer Gesellschaft getroffen).

Damit gilt für die Frage der Abhängigkeit der Gesellschaft von einem dieser Komplementäre das oben zur Abhängigkeit der OHG von einem ihrer Gesellschafter Gesagte.

Eine Abhängigkeitslage von einem Komplementär (oder einer Gruppe von solchen) kann also nur entstehen, wenn bei gegensätzlichen Geschäftsführungshandlungen die Gesellschafterversammlung zu entscheiden hat und dieser Komplementär (bzw. die Gruppe) darin eine Mehrheit hat.

Typ IV

Der geschäftsführungsbefugte und vertretungsberechtigte (Unternehmer-) Gesellschafter hat keinen oder nur einen geringen Kapitalanteil; seine Macht im Innenverhältnis ist beschränkt.

I. Ausgestaltung

1. Der geschäftsführende Gesellschafter, der bei der KG gleichzeitig der Komplementär

ist, hat keinen oder nur einen minimalen Kapitalanteil.

Ein anderer Gesellschafter hat einen Mehrheitsanteil zwischen 50 % und 75 % des Gesellschaftskapitals.

2. Geschäftsführungsbefugnis und Vertretung:

Es existiert nur ein geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesellschafter.

Gesetzliche Widerspruchsrechte der übrigen Gesellschafter (etwa n. § 164 HGB) sind ausgeschlossen. Der Geschäftsführer ist von der Beschränkung des § 181 BGB befreit.

Es existieren jedoch verschiedene, katalogmäßig erfaßte, Zustimmungserfordernisse, d.h. der Geschäftsführer kann die dort genannten Entscheidungen nicht selbst treffen, sondern muß versuchen, einen entsprechenden Beschluß der Gesellschafterversammlung herbeizuführen.

3. Interne Herrschaftsverhältnisse:

Die Abstimmung in der Gesellschafterversammlung erfolgt nach Kapitalanteilen.

Insbesondere bei der kapitalistischen KG ist hier häufig auch der Fall anzutreffen, daß der Komplementär in der Gesellschafterversammlung überhaupt kein Stimmrecht hat.⁶⁵⁾

Der geschäftsführende Gesellschafter hat ein Vetorecht bezüglich eines Beschlusses auf Liquidation der Gesellschaft.

65) Vgl. z.B. Formular-Kommentar, Form. 1.347, S. 9

Änderungen des Gesellschaftsvertrages und Ausschluß von Gesellschaftern bedürfen einer Zustimmung von mehr als 75 %. 66

II. Beurteilung

1. Hinsichtlich der Frage der Abhängigkeit vom geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter.

Wegen der Gleichheit der hier wesentlichen Ausgestaltung können GBR und OHG und KG gemeinsam behandelt werden.

Als Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Abhängigkeitslage für den Fall zu beurteilen, daß der Geschäftsführer in der hier beschriebenen Stellung nicht durch Zustimmungserfordernisse in seiner Handlungsfreiheit beeinträchtigt ist, die über die gesetzlich vorgesehenen hinausgehen. Daß eine KG in einem solchen Falle von ihrem einzigen Komplementär abhängig ist, wurde bereits oben festgestellt. Aber auch GBR und OHG sind von einem allein Geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter von einigen unten zu behandelnden Ausnahmen abgesehen, abhängig, und zwar unabhängig von dessen Kapitalanteil.

66) Zur Zulässigkeit der Änderung des Gesellschaftsvertrages durch Mehrheitsbeschluß vgl. U.H. Schneider; ZGR 1972, 357, 361 ff.

Da keine Widerspruchsrechte anderer Gesellschafter gegeben sind, und die wesentlichen Entscheidungen allein auf der Ebene der Geschäftsführung getroffen werden, hat dieser Gesellschafter selbst mit einem Minimalkapitalanteil einen gesicherten Einfluß auf diese Entscheidungen. Auf Dauer gesichert ist dieser Einfluß aber nur, wenn der geschäftsführende Gesellschafter die Möglichkeit hat, Änderungen des Gesellschaftsvertrages, durch die entsprechende, die Abhängigkeit der Gesellschaft ausschließende Zustimmungserfordernisse (dazu unten im Exkurs) eingeführt werden könnten, zu verhindern. Wenn ihm diese Möglichkeit nicht durch einen entsprechenden Kapitalanteil oder das Einstimmigkeitserfordernis bei Beschlüssen zur Änderung des Gesellschaftsvertrages gegeben ist, so kann dies auch durch Einrichtung eines Vetorechtes bei solchen Beschlüssen geschehen. Hat der geschäftsführende Gesellschafter dagegen nicht die Möglichkeit, Änderungen des Gesellschaftsvertrages zu verhindern, so kann die Gesellschaft unabhängig von den konkret vorhandenen Zustimmungserfordernissen nicht von ihm abhängig sein.

In diesem Fall nämlich greift die Regel nicht, daß bei der Beurteilung der Abhängigkeitslage nur auf den Zeitpunkt der konkreten Untersuchung abzustellen sei, denn hier liegt im Gesellschaftsvertrag begründet die Möglichkeit, dem geschäftsführenden Gesellschafter eine eventuell beherrschende Stellung jederzeit wieder zu entziehen. Anklang gefunden hat diese Möglichkeit im Gesellschaftsvertrag dadurch, daß das

Mehrheitsprinzip bei der Fassung von Gesellschafterbeschlüssen auch auf den Fall der Änderung des Gesellschaftsvertrages bezogen wurde.⁶⁷

Aber auch noch weitere Kriterien sind hier zu beachten:

Ein geschäftsführender Gesellschafter unterliegt grundsätzlich Weisungen der Gesellschafterversammlung⁶⁸. Wer weisungsgebunden ist, kann aber seinerseits keinen beherrschenden Einfluß auf die Entscheidungen haben, auf die sich solche Weisungen beziehen können.

Im gesetzlichen Regelfall ist der Beschluß, Weisungen zu erteilen, aber einstimmig zu fassen, § 119 I HGB, und kann daher nicht gegen den Willen des geschäftsführenden Gesellschafters zustande kommen.

In der hier untersuchten Ausgestaltung ist jedoch das Einstimmigkeitsprinzip gesellschaftsvertraglich durch das nach Kapitalanteilen bestimmte Mehrheitsprinzip ersetzt worden.

Eine die Gesellschaft beherrschende Stellung kann der geschäftsführende Gesellschafter daher nur haben, wenn er die Erteilung solcher Weisungen verhindern kann, etwa weil dafür

67) Vgl. zur Frage des maßgeblichen Zeitpunktes der Beurteilung oben S.28 ff.

68) Baumbach-Duden-Hopt, § 114, Anm. 3 C, § 119 Anm. 1 A; Hueck OHG § 10 III 3, S. 138

eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist und er einen Kapitalanteil hält, der ihm insoweit eine Sperrminorität einräumt oder weil er durch Gruppenbildung oder Stimmbindungsverträge eine solche Minorität erreicht hat. Möglich ist auch, daß trotz Einführung der Mehrheitsabstimmung das Weisungsrecht gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen wurde bzw. dem gesetzlichen Typ entsprechend, an seine Zustimmung gebunden wurde.

Weiter ist zu beachten, daß eine Geschäftsführungsbefugnis auch entzogen werden kann:

Im Normalfall kann dies nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes geschehen, § 712 BGB, bei OHG und KG ist sogar eine gerichtliche Entscheidung erforderlich, § 117 HGB. Beide Vorschriften enthalten aber dispositives Recht. Der Gesellschaftsvertrag kann die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis auch erschweren und insbesondere erleichtern. Dabei kann nicht nur vorgesehen werden, daß bei OHG und KG kein gerichtliches Urteil nötig ist, sondern auch, daß zur Entziehung ein Mehrheitsbeschluß genügen soll⁶⁹ und sogar, daß die Entziehung ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes nach freiem Ermessen der übrigen Gesellschafter zulässig sein soll.⁷⁰

69) BGH NJW 1973, 651; Schulte S. 106 f.

70) Hueck, Gesellschaftsrecht, § 14 II 4, S. 101; BGH aaO; Schulte S. 108; H.P. Westermann, S. 221

Für die Beurteilung der Abhängigkeitssituation bedeutet dies:

Kann die Geschäftsführungsbefugnis nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes entzogen werden, wenn auch durch Mehrheitsbeschluß (der vom geschäftsführungsbefugten Gesellschafter dann ja zur gerichtlichen Überprüfung gebracht werden könnte), so beeinträchtigt dies die beherrschende Stellung dieses Gesellschafters nicht; sie ist weiterhin auf Dauer angelegt. Die Wahrscheinlichkeit, daß der Geschäftsführer einen solchen wichtigen Grund gibt (§ 712 BGB nennt insbesondere grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung) ist zu gering als daß sie bei der Beurteilung der Abhängigkeitslage eine Rolle spielen könnte. Anders liegt der Fall aber, wenn die Geschäftsführungsbefugnis nach freiem Ermessen durch Mehrheitsbeschluß entziehbar ist. Hier degeneriert die Geschäftsführerstellung zu einer von der Gunst der übrigen Gesellschafter abhängigen Direktorenstelle mit jederzeitiger Beendigungsmöglichkeit. Von einem auf Dauer angelegten beherrschenden Einfluß des geschäftsführenden Gesellschafters kann wegen seiner jederzeitigen Abberufbarkeit, die an keine besonderen, in seiner Person liegenden Voraussetzungen geknüpft ist, keine Rede sein. Die Gesellschaft ist in diesem Fall nicht von ihm abhängig.

Kann der geschäftsführungsbefugte Gesellschafter aber Weisungen bezüglich seiner Geschäftsführung verhindern oder sind solche laut Gesellschaftsvertrag gar nicht möglich und ist er auch nicht jederzeit nach freiem Ermessen abberufbar, so ist für Beurteilung konkreter

Fälle, in denen Zustimmungserfordernisse vorgesehen sind, weiterhin die Frage wichtig, inwieweit durch diese Zustimmungserfordernisse die Beschlußfassung über wesentliche Entscheidungen auf die Ebene der Gesellschafterversammlung gezogen, und somit der gesicherten Einflußnahme des geschäftsführenden Gesellschafters entzogen wird.

Je nachdem, in welche Richtung das Pendel dabei ausschlägt, ist Abhängigkeit gegeben oder nicht. Daher sollen im folgenden in einem Exkurs typische Zustimmungserfordernisse und deren Beeinflussung der Abhängigkeitstrage in Gesellschaften hier behandelten Typs untersucht werden.

Exkurs:

Die wichtigsten Zustimmungserfordernisse und die Beurteilung derselben im Zusammenhang mit der Frage, ob ihr Vorliegen eine Abhängigkeit vom (allein-) geschäftsführungsbefugten und vertretungsbefugten (Unternehmer-) Gesellschafter ohne Mehrheitsbeteiligung, also allein aufgrund dieser Gesellschafterstellung, ausschließen kann.

Zustimmungserfordernis für:

1. Geschäfte, die eine bestimmte, in DM ausgedrückte Wertgrenze übersteigen (zu messen etwa am dafür nötigen Investitionsvolumen).

Ob diese Zustimmungserfordernis allein bewirken kann, daß der beherrschende Einfluß des geschäftsführenden Gesellschafters ausgeschlossen wird, hängt zwangsläufig von der Höhe der festgesetzten Wertgrenze ab.

Grundsätzlich läßt sich jedoch sagen, daß das hier genannte Zustimmungserfordernis bei entsprechend niedrig angesetzter Wertgrenze zu den die Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters am schärfsten beschneidenden gehört, denn es bezieht sich potentiell auf sämtliche Entscheidungen, die er zu treffen hat, somit auch auf die für die Begründung von Abhängigkeit wesentlichen Entscheidungen.

Zu einer gesicherten Leitungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters kann es dann nicht kommen, wenn er für einen in der täglichen Tätigkeit in der Gesellschaft bedeutenden Anteil von wesentlichen Entscheidungen die Zustimmung der - von ihm nicht kontrollierbaren - Gesellschafterversammlung bedarf. Dabei muß der Anteil der zustimmungsbedürftigen Entscheidungen schon dann als bedeutend angesehen werden, wenn das Zustimmungserfordernis irgendwelche im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb vorkommende Entscheidungen betrifft. Nach der hier vorgenommenen Definition der wesentlichen Entscheidungen, sind dies in aller Regel solche, die im gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft getroffen werden, denn sie beziehen sich ja gerade auf die Art und Weise der Ausübung des Betriebes.

Werden also in diesem gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes Zustimmungserfordernisse wirksam, kann in der Regel nicht mehr davon ausgegangen werden, daß der geschäftsführende Gesellschafter beständig gesicherten Einfluß auf die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft hat.

Damit ergibt sich für die Wertgrenze und deren Höhe:

Versucht die Angabe der Wertgrenze nur ziffernmäßig auszudrücken, was ungewöhnliche Geschäfte im Rahmen des von der Gesellschaft betriebenen Handelsgewerbes im Sinne des § 116 II HGB sind⁷¹ und entspricht diese Bezifferung auch tatsächlich in etwa dem, was für die konkret zu untersuchende Gesellschaft als Grenze zum ungewöhnlichen Geschäft, d.h. zum Geschäft mit Ausnahmecharakter nach Inhalt, Zweck, Bedeutung oder Risiko⁷² angesehen werden kann, so ändert diese Wertgrenze nichts am bestimmenden Einfluß des geschäftsführenden Gesellschafters auf die wesentlichen Entscheidungen. Abhängigkeit ist also gegeben.

71) Häufig findet sich in Gesellschaftsverträgen als Einleitung zum Zustimmungskatalog eine Formulierung wie "Als außergewöhnliche Geschäfte gelten ausschließlich oder insbesondere" - vgl. etwa Formularkommentar, Form. 1.346 § 6;

72) Vgl. Hopt, § 116, Anm. 1 B

Liegt die Wertgrenze ziffernmäßig jedoch niedriger und erweitert damit das Zustimmungserfordernis in den Bereich der gewöhnlichen Geschäfte hinein, so kann mangels gesicherten, bestimmenden Einflusses auf die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft keine Abhängigkeit vom geschäftsführenden Gesellschafter entstehen.

Auf das Vorliegen weiterer Zustimmungserfordernisse kommt es dann für die Abhängigkeitsfrage gar nicht mehr an.

Ebensowenig kommt es dann aber zu Abhängigkeit von einem oder einer Gruppe von Gesellschaftern, der oder die die Kapitalmehrheit innehaben, denn durch eine niedrig angesetzte Wertgrenze wird der Einfluß auf die wesentlichen Entscheidungen praktisch zwischen Geschäftsführer und personenverschiedenem(n) Mehrheitsgesellschafter(n) aufgeteilt, wobei keinem eine gesicherte Möglichkeit der alleinigen Beeinflussung dieser Entscheidung entsteht.

2. Erwerb, Belastung und Veräußerung von Grundstücken ab einer bestimmten Wertgrenze.

Bei diesem Zustimmungserfordernis ist zu unterscheiden:

- a) Handelt es sich bei der konkret zu untersuchenden Gesellschaft um eine solche, zu deren regelmäßigen Tätigkeiten der Verkehr mit Grundstücken gehört⁷³, so gilt hier das

73) z.B. die Errichtung und Veräußerung von Eigenheimen durch ein Wohnungsbauunternehmen, vgl. Baumbach-Duden-Hopt Einl. v. § 343, Anm. 7 B unter Hinweis auf BGH BB 73, 499

Gleiche wie oben zu 1, denn praktisch ist damit eine Wertgrenze im Bereich der regelmäßigen gewerblichen Tätigkeit festgesetzt worden.

- b) Handelt es sich dagegen nicht um eine Gesellschaft, die im Rahmen ihres Handelsgewerbes regelmäßig mit dem Erwerb, der Belastung und Veräußerung von Grundstücken zu tun hat, so kann das diesbezügliche Zustimmungserfordernis allein, unabhängig von der ziffernmäßigen Festsetzung der Wertgrenze, nichts an der ansonsten gegebenen Abhängigkeitslage ändern.

Das Zustimmungserfordernis bezieht sich zwar auf Investitionsentscheidungen, nicht aber auf solche, die das Verhalten des Unternehmens am Markt betreffen. Lediglich das Zustimmungserfordernis ist für die Belastung von Grundstücken ab einer gewissen Höhe dieser Belastung kann sich auf Finanzierungsentscheidungen des Unternehmens auswirken, indem es dem geschäftsführenden Gesellschafter die Entscheidung darüber, ob Grundstücke zur Kreditsicherung genützt werden können, teilweise (je nach Höhe der Wertgrenze) entzieht.

Die Auswirkung dieser Beschränkung auf das Marktverhalten des Unternehmens und insbesondere dessen Investitionsentscheidungen mag zwar nur mittelbar sein, sie ist aber zu berücksichtigen. Entscheidend ist, daß der geschäftsführende Gesellschafter beim

Treffen der wesentlichen Entscheidungen behindert wird, gleichgültig, ob dies unmittelbar oder nur mittelbar geschieht. Dennoch gilt es hier, eine vernünftige Abgrenzung zu finden. Nicht jedes Zustimmungserfordernis vermag, wenn es auch wesentliche Entscheidungen betrifft, die beherrschende Stellung des alleingeschäftsführungsbefugten Gesellschafters in entscheidender, Abhängigkeit ausschließender, Weise, zu beeinflussen. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Zustimmungserfordernis dem Geschäftsführer nur die alleinige Entscheidung über Geschäfte nimmt, deren Ergebnis er ebenso gut durch andere, nicht von Zustimmungserfordernissen betroffene, Geschäfte erreichen kann, die also für ihn ohne weiteres substituierbar sind. Beim Zustimmungserfordernis für die Belastung von Grundstücken ist dem Geschäftsführer nur eine von vielen Möglichkeiten zur Kreditsicherung aus dem Bereich der eigenen Entscheidungsbefugnis genommen. Solange ihm die Frage zur Finanzierung durch Kreditaufnahme etc. an sich zur alleinigen Entscheidung verbleibt, ist sein bestimmender Einfluß auf die wesentlichen Entscheidungen nicht in einer Abhängigkeit ausschließender Weise beeinträchtigt. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn das belastungsfähige Anlagevermögen der Gesellschaft im wesentlichen aus Grundstücken

besteht. Hier kann das Zustimmungserfordernis Abhängigkeit ausschließen.

Auch hier wird wieder der Unterschied des kartellrechtlichen zum aktienrechtlichen Abhängigkeitsbegriff deutlich, der eine Unterwerfung des abhängigen unter das herrschende Unternehmen in allen Bereichen verlangt, hier also wohl nicht zur Bejahung von Abhängigkeit käme.

3. Das Eingehen von Miet-, Pacht- und sonstigen Dauerverträgen ab einer bestimmten monatlichen Belastung.

Dieses Zustimmungserfordernis betrifft das Marktverhalten des Unternehmens, denn das Erweitern der Produktionskapazität oder die Aufnahme neuer Produkte in die Produktpalette, ist oftmals nur unter Anmietung bzw. Anpachtung neuer Räumlichkeiten für die erweiterte Fertigung möglich.

Diesbezügliche Entscheidungen sind auch nicht unbedingt durch andere substituierbar. Die einzige Alternative zur Miete einer Werkshalle wäre der Ankauf derselben.

Dafür wäre jedoch ungleich mehr Kapital bzw. eine entsprechende Kreditaufnahme nötig. Das Zustimmungserfordernis vermag daher allein eine Abhängigkeitslage auszuschließen. Es kommt aber auch hier wieder auf die Höhe der im Zustimmungserfordernis für dessen Eingreifen festgesetzten monatlichen Belastung an. Nur wenn diese so angesetzt ist, daß nicht nur Mietverträge unter das Zustimmungserfordernis fallen, die ungewöhnliche Geschäfte im Sinne des

§ 116 II HGB darstellen, schließt das Zustimmungserfordernis die Abhängigkeit der Gesellschaft vom geschäftsführenden Gesellschafter aus.⁷⁴

4. Aufnahme neuer Geschäftszweige und grundlegende Änderungen des Arbeitsprogrammes der Gesellschaft.

Hier ist zunächst festzuhalten, daß es sich bei diesem Zustimmungserfordernis um ein auch (dispositiv) gesetzlich vorgesehenes handelt, §§ 116 II, 164 HGB.⁷⁵

Es bezieht sich auf das Verhalten des Unternehmens am Markt, so daß sein Vorliegen auf den ersten Blick eine Abhängigkeitslage ausschließen kann.

Hier gilt es aber, wieder eine vernünftige Abgrenzung zu finden und sich darauf zu besinnen, daß die Notwendigkeit der Bildung eines fusionsrechtlichen Abhängigkeitsbegriffes damit be-

74) Vgl. oben zu 1)

75) Vgl. Hopt § 116, Anm. 1 B; Siehe auch BGH WM 1973, 170, der es als ungewöhnliches Geschäft bezeichnet, wenn der geschäftsführende Gesellschafter die Einkaufsorganisationen von Unternehmen der Gesellschaft und seiner eigenen Unternehmen zusammenlegt. Den hiergegen vorgebrachten Einwänden von Schneider, ZGR 1975, 253, 275 und Wiedemann, Festschrift H. Westermann 1974, S. 595, eine solche Handlung sei keine Geschäftsführungshandlung mehr und daher die Zustimmung aller Gesellschafter nötig, kann nicht gefolgt werden. Das Zusammenlegen von Einkaufsorganisationen, die Aufnahme neuer Geschäftszweige etc. ist Teil der Organisation des von der Personengesellschaft betriebenen Unternehmens und als solcher originärer Bestand der Geschäftsführungsbefugnis, vgl. Baumbach-Duden-Hopt, § 114 Anm. 1 A. Eine solche Umorganisation betrifft nicht die Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses selbst, für deren Umgestaltung allerdings ein Gesellschafterbeschluss nötig wäre, Baumbach-Duden-Hopt, aaO.

gründet wurde, daß der Markt und der darauf herrschende Wettbewerb vor den spezifischen Gefahren von Fusionen zu schützen sei.

Dabei ist unter "Markt" auch der zu verstehen, auf dem das abhängige Unternehmen tätig ist. Denn derjenige Unternehmer-Gesellschafter, der im Unternehmen beherrschenden Einfluß gewinnt, kann diesen theoretisch in verschiedenen Richtungen nützen:

- sind beide Unternehmen am gleichen Markt tätig, bedarf das herrschende keiner Orientierung des abhängigen an neuen Märkten;
- sind beide auf verschiedenen Märkten tätig, so könnte das herrschende versuchen, das abhängige auf den Markt des herrschenden auszurichten, um so seine dortige Stellung zu verbessern;
- es könnte aber auch versuchen, die Stellung des abhängigen Unternehmens auf dessen Markt durch Eröffnung des Zugangs zu den Ressourcen des herrschenden Unternehmens etc. zu verbessern und damit letztlich selbst auf diesem Markt Fuß zu fassen und zu verdienen.

Dieser Fall wird wohl die Regel sein.

Im ersten und im dritten Fall bedarf es dabei nicht unbedingt einer Aufnahme neuer Geschäftszweige durch das beherrschte Unternehmen und auch keiner Änderung des Arbeitsprogrammes dieser Gesellschaft.

Dem herrschenden Unternehmen ist also nur eine von mehreren Möglichkeiten zur Gleichschaltung der marktbezogenen Interessen beider Unternehmen genommen.

Auch hier bedarf es daher wieder einer konkreten Untersuchung der beiden verbundenen Unternehmen. Ist danach die Verbindung für das herrschende Unternehmen nur sinnvoll, wenn es das beherrschte auf einen anderen Markt umorientieren kann (etwa wenn dieses nur noch ein spezielles Produkt einer Konzernpalette herstellen und/oder vertreiben soll), so kann das Zustimmungserfordernis allein eine Abhängigkeitslage ausschließen, andernfalls ändert sein Vorliegen an der Abhängigkeit nichts.

5. Gründung von Zweigniederlassungen, Unternehmenserwerb, Veräußerung von Betriebsteilen, Beteiligung an anderen Gesellschaften, Gründung von Tochtergesellschaften.

Auch diese Zustimmungserfordernisse gehören zu den dispositiv gesetzlich vorgesehenen (§ 116 I HGB)⁷⁶.

Hinsichtlich der Beurteilung der Zustimmungserfordernisse ist zu differenzieren:

- a) Auf das Verhalten des Unternehmens am Markt wirken sich nur die Entscheidungen über die Gründung von Zweigniederlassungen und über die Veräußerung von Betriebsteilen aus. Nur diese Handlungen führen nämlich zu einem veränderten Auftreten des Unternehmens selbst am Markt, und zwar durch Ausdehnung des örtlichen Marktes (Zweigniederlassungen)

76) Fischer Großkommentar HGB, § 116 Anm. 2a

und durch sachliche Beschränkung auf dem Markt oder Aufgabe eines Teilmarktes im Wege der Einengung des Angebotes durch Straffung, was letztlich eine Rationalisierung bedeutet (Veräußerung von Betriebsteilen).

- b) Der Erwerb anderer Unternehmen, die Beteiligung an solchen und die Gründung von Tochtergesellschaften führen dagegen nicht zu einem geänderten Marktverhalten des Unternehmens selbst.

Von den hier behandelten Zustimmungserfordernissen betreffen also nur die unter a) genannten Entscheidungen, die sich auf das Marktverhalten des Unternehmens auswirken.

Zu fragen bleibt jedoch, ob Abhängigkeit schon dann zu verneinen ist, wenn der geschäftsführende Unternehmer-Gesellschafter lediglich auf diese Entscheidungen keinen bestimmenden Einfluß nehmen kann.

Dies ist zu verneinen.

Die Entscheidung, Zweigniederlassungen zu gründen und/oder Betriebsteile aufzugeben bzw. zu veräußern, stellt nur einen geringen Teil der gesamten Bandbreite von Entscheidungen dar, mit denen das Marktverhalten des abhängigen Unternehmens bestimmt werden kann. Werden dem geschäftsführenden Gesellschafter lediglich diese Entscheidungen entzogen, so ist dadurch seine beherrschende Stellung nur unwesentlich geschmälert, denn es verbleiben ihm noch genug andere Möglichkeiten, die Geschäftspolitik

des abhängigen Unternehmens nach seinen Vorstellungen auszurichten.

Eine Ausnahme davon mag nur dann gelten, wenn das herrschende und das abhängige Unternehmen so strukturiert sind, daß es zu einer Gleichschaltung des Marktverhaltens des abhängigen mit dem des herrschenden Unternehmens nur dann kommen kann, wenn dieses Unternehmen auf einem örtlich so weit von seinem bisherigen Markt, auf dem es angeboten hat, entfernt liegenden Markt anbieten müßte, daß dies nur über eine Zweigniederlassung möglich wäre oder wenn es sein sachliches Angebot so weit einschränken müßte, daß dies nur über einen Verkauf oder eine Aufgabe von Betriebsteilen möglich wäre.

Im Regelfall ändern die genannten Zustimmungserfordernisse alleine also nichts an einer Abhängigkeitslage.

6. Erteilung und Entzug von Prokura und Generalvollmacht.

Diese Entscheidungen betreffen nicht das Marktverhalten des Unternehmens, sondern beziehen sich nur auf seine interne Organisation.

Zwar hat insbesondere der Prokurist in weitem Umfange (§ 49 HGB) die Möglichkeit, auch selbst wesentliche Entscheidungen des Unternehmens zu treffen, aber weder bedarf der alleingeschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter zum Bilden und Durchsetzen seines eigenen, wesentlichen Entscheidungen betreffenden Willens

der Mitwirkung des Prokuristen, noch haben Prokurist und Handlungsbevollmächtigter, sind sie einmal bestellt und vom Geschäftsführer allein nicht mehr abrufbar, ein Widerspruchsrecht gegen dessen Handlung.

Das Zustimmungserfordernis vermag also an einer Abhängigkeitslage nichts zu ändern.

7. Aufnahme von Krediten ab einer bestimmten Höhe (z.B. 50 % des Gesellschaftskapitals)

Dieses Zustimmungserfordernis betrifft unmittelbar die sich auf die Finanzierung des gewerblichen Betriebes der Gesellschaft beziehenden wesentlichen Entscheidungen. Ist der geschäftsführende Gesellschafter hier in seiner Entscheidung beschränkt, so stellt dies einen schwerwiegenden Eingriff in Möglichkeiten zur Gestaltung der Geschäftspolitik dar, denn viele unternehmerische Entscheidungen, etwa die Einführung neuer Produkte, können häufig nur über Kreditaufnahme finanziert und durchgeführt werden. Auch hier kann allerdings nicht an der generellen Wertung festgehalten werden. Vielmehr ist gerade auch hier, wo es wiederum darum geht, daß, wie in Ziffer 1, das Eingreifen des Zustimmungserfordernisses von einer ziffernmäßig festgelegten Wertgrenze abhängt, auch auf den konkreten Einzelfall abzustellen. Dabei ist bei der konkret zu untersuchenden Gesellschaft stets in Bezug zu setzen, die festgesetzte Höhe der Kreditaufnahme, ab der das Zustimmungserfordernis eingreift, zur Liquidität der Ge-

sellschaft⁷⁷. Erscheint das Zustimmungserfordernis daran gemessen ziffernmäßig so hoch angesetzt, daß es nur in für diese Gesellschaft außergewöhnlichen Fällen zum Greifen kommt, weil die Liquidität der Gesellschaft so hoch ist, daß alle gewöhnlichen Handlungen des Geschäftsbetriebes und der Unternehmenspolitik ohne Kreditaufnahme über besagter Limithöhe durchgeführt werden können, so ändert das Zustimmungserfordernis nichts an einer Abhängigkeitslage.

Steht die Gesellschaft dagegen so da, daß die Aufnahme von Krediten über dem festgesetzten Limitwert keine Besonderheit darstellt, so verhindert das Zustimmungserfordernis alleine schon das Entstehen einer Abhängigkeitslage, denn dann ist ein gesicherter Einfluß des geschäftsführenden Gesellschafters auf Finanzierungsentscheidungen insgesamt nicht mehr gewährleistet.

8. Kreditgewährung an Gesellschafter

Dieses Zustimmungserfordernis betrifft kein Verhalten des Unternehmens am Markt und keine wesentlichen Entscheidungen.

77) Zur Unternehmensbewertung vgl. etwa Ballwieser, S. 162 ff.

Das Zustimmungserfordernis vermag daher an einer Abhängigkeitslage nichts zu ändern.

9. Kreditgewährung an Dritte über einer gewissen Wertgrenze, wobei Kreditgewährung an Kunden im Rahmen der Geschäftsbeziehungen (z.B. Zahlungsziele) ausgenommen sind.

Das Marktverhalten des Unternehmens und damit wesentliche Entscheidungen betrifft von diesem Zustimmungserfordernis lediglich der die Kundenkredite betreffende Teil, denn insbesondere durch Gewährung entsprechender Zahlungsziele läßt sich der Absatz eines Produktes unter Umständen verbessern und letztlich ein Rabatteffekt erreichen.

Ist die Kreditgewährung an Kunden, wie hier, vom Zustimmungserfordernis ausgenommen, so kann dieses an einer Abhängigkeitslage nichts ändern.

Daß auch für den Fall eines Kundenkredites im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen eine Zustimmung nötig sein soll, dürfte praktisch wohl nicht vorkommen, da dies, bedenkt man die Häufigkeit der Einräumung von Zahlungszielen im täglichen Geschäftsleben, die Geschäftstätigkeit des Unternehmens in einer Weise behindern würde, daß es nicht mehr konkurrenzfähig wäre.

10. Das Eingehen von Bürgschaften ab einer bestimmten Bürgschaftssumme.

Dieses Zustimmungserfordernis betrifft weder das Marktverhalten des Unternehmens, noch seine Finanzierungsentscheidungen. Es schließt also im Normalfall Abhängigkeit vom (alleinigen) geschäftsführenden Gesellschafter nicht aus.

Anders liegt der Fall lediglich dann, wenn das von der Personengesellschaft betriebene Unternehmen ein Kreditinstitut ist. Für dieses gehört die Gewährung von Bürgschaften als Form der Kreditierung zum täglichen und üblichen Geschäftsverkehr, so daß hier das Zustimmungserfordernis tatsächlich die das Marktverhalten des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens betreffenden Entscheidungen in nicht nur unerheblicher Weise berührt. Daher kann in diesem Spezialfall das Zustimmungserfordernis alleine eine Abhängigkeitslage ausschließen.

11. Einstellungen und Entlassungen von Mitarbeitern ab einer bestimmten Besoldungsstufe.

Dieses Zustimmungserfordernis bezieht sich nur auf Unternehmensinterna, nicht auf sein Marktverhalten; sein Vorliegen schließt daher Abhängigkeit nicht aus.

12. Neuanschaffung von beweglichen Gütern des Anlagevermögens, die im Einzelfall eine Aufwendung über einer bestimmten Wertgrenze

erforderlich machen oder in ihrer Gesamtheit in einem Geschäftsjahr eine solche Wertgrenze überschreiten.

Dieses Zustimmungserfordernis betrifft Entscheidungen, die sich unmittelbar auf das Marktverhalten des Unternehmens auswirken.

Unter den Begriff "bewegliche Güter des Anlagevermögens" fallen insbesondere Maschinen. Nur über die Anschaffung zusätzlicher neuer und den Austausch veralteter Maschinen läßt sich die Produktionsmenge eines Produktes steigern oder kann ein neues Produkt hergestellt werden, bzw. die Qualität eines fabrizierten Produktes gehalten oder gesteigert werden und damit Marktanteile gehalten, erweitert oder neu gewonnen werden. Aber nicht jedes Zustimmungserfordernis, das sich auf das Marktverhalten des Unternehmens bezieht, kann eine Abhängigkeitslage ausschließen, besonders dann, wenn noch genügend andere, alternativ zu gebrauchende Verhaltensmöglichkeiten vorhanden sind, die es dem geschäftsführenden Gesellschafter erlauben, ohne Bindung an Zustimmungserfordernisse zum gleichen Ziel zu kommen.

Um solche Verhaltensweisen bzw. Entscheidungen handelt es sich aber hier.

Die Entscheidung, eine neue Maschine zu kaufen, ist ohne weiteres substituierbar durch die

Entscheidung, eine solche Maschine zu mieten oder zu leasen, ohne daß dies am Ergebnis der Ermöglichung einer Produktionserweiterung etwas ändern würde.

Das Zustimmungserfordernis kann also lediglich dann etwas an der bestehenden Abhängigkeitslage ändern, wenn es mit dem unter 3) genannten Erfordernis der Zustimmung zur Eingehung von Miet-Pacht- und Dauerverträgen ab einer bestimmten monatlichen Belastung kombiniert ist, denn erst dann kann dem geschäftsführenden Gesellschafter die Entscheidung zur Produktionserweiterung oder Aufnahme neuer Produktionszweige und damit über seine Dispositionen am Markt genommen werden.

Auch hier ist jedoch wieder auf die festgesetzten Wertgrenzen abzustellen.

Liegt die Grenze auch nur bei einem der beiden Zustimmungserfordernisse so hoch, daß sie für das Unternehmen der konkret zu untersuchenden Gesellschaft lediglich die Grenze zum ungewöhnlichen Geschäft im Sinne des § 116 II HGB konkretisiert, so stellt auch die Kombination der beiden Zustimmungserfordernisse, da die wesentlichen Entscheidungen sich in der Regel im Rahmen des üblichen Geschäftsbetriebes abspielen, keine gravierende Behinderung des geschäftsführenden Gesellschafters in der Beeinflussung der wesentlichen Entscheidungen dar, schließt also die Abhängigkeitslage nicht aus.

Liegt die Wertgrenze jedoch bei beiden Zustimmungserfordernissen unter diesen für das Unternehmen der konkret zu untersuchenden Gesell-

schaft individuell zu ermittelnden Werten, so betrifft die Kombination der beiden Zustimmungserfordernisse die wesentlichen Entscheidungen des geschäftsführenden Gesellschafters in einschneidender Weise, da sie ihm die Möglichkeit zur alleinigen Entscheidung über seine Dispositionen am Markt nimmt.

In diesem Fall schließt die Kombination der beiden Zustimmungserfordernisse eine Abhängigkeit der Gesellschaft vom geschäftsführenden Gesellschafter aus.

13. Baumaßnahmen ab einer bestimmten Wertgrenze.

Hier ist zu unterscheiden:

- a) Besteht die hauptsächliche Tätigkeit des von der Personengesellschaft betriebenen Unternehmens im Erstellen von Bauwerken, handelt es sich also insbesondere um Bau- und Bauträgerunternehmen, so betrifft das Zustimmungserfordernis wesentliche Entscheidungen der Gesellschaft, wenn die Wertgrenze so angesetzt ist, daß nicht nur unübliche Maßnahmen unter das Zustimmungserfordernis fallen (vgl. oben zu 1).
- b) Fällt das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen nicht in die unter a) bezeichnete Kategorie, so schließt das Zustimmungserfordernis eine Abhängigkeitslage nicht aus.

Zwar kann die Frage, ob Baumaßnahmen durchgeführt werden, unmittelbare Bedeutung für das Marktverhalten des Unternehmens bekommen, etwa dann, wenn es sich um den Bau einer neuen Fertigungshalle für ein neues Produkt oder für eine Produktionserweiterung handelt.

Die Entscheidung, eine bestimmte Baumaßnahme durchzuführen, ist aber in einer Weise durch andere Entscheidungen substituierbar, daß der geschäftsführende Gesellschafter allein durch dieses Zustimmungserfordernis nicht in seinem bestimmenden Einfluß auf die das Marktverhalten betreffenden wesentlichen Entscheidungen beeinträchtigt wird.

Statt eine Fabrikationshalle neu zu bauen, kann diese ebensogut angemietet werden.

Auch dieses Zustimmungserfordernis kann also nur in Kombination mit dem zu 3) genannten Zustimmungserfordernis für das Eingehen von Miet-, Pacht- und sonstigen Dauerverträgen, eine Abhängigkeit der Gesellschaft vom geschäftsführenden Gesellschafter ausschließen.

Bezüglich der dabei zu beachtenden Wertgrenzen gilt das zu 12) Gesagte.

14. Das Eingehen von Wechselverbindlichkeiten ab einer bestimmten Wechselsumme.

Dieses Zustimmungserfordernis betrifft zwar

Das Marktverhalten des Unternehmens (insbesondere das am Beschaffungsmarkt), es ist jedoch wiederum ein Beispiel für eine substituierbare Entscheidung. Das Eingehen einer Wechselverbindlichkeit stellt wirtschaftlich gesehen eine Kreditaufnahme dar.

Als substituierende Entscheidung könnte auch ein Bankkredit aufgenommen und der Lieferant sofort bezahlt werden.

Das Zustimmungserfordernis vermag daher nur in Kombination mit dem unter 7) behandelten Zustimmungserfordernis für die Aufnahme von Krediten ab einer bestimmten Höhe etwas an der Abhängigkeit der Gesellschaft vom geschäftsführenden Gesellschafter ändern.

Bezüglich der dabei zu beachtenden Wertgrenzen gilt wiederum das oben zu 12) Gesagte.

15. Veräußerung des Unternehmens im Ganzen.

Dieses Zustimmungserfordernis bezieht sich nicht auf ein Verhalten am Markt, sondern auf eine Aufgabe der Tätigkeit am Markt überhaupt. Sein Vorliegen schließt daher, anders als bei Verwendung des aktienrechtlichen Abhängigkeitsbegriffes, Abhängigkeit nicht aus.

16. Die "Vornahme wesentlicher Geschäfte"

In der Entscheidung "Transportbeton Sauerland"⁷⁸

78) BGH NJW 81, 2699, WUV/E BGH 1810
■ BGHZ 81,56

zitiert der BGH die Feststellung der KG in der Beschwerdeentscheidung⁷⁹⁾, eine GmbH & Co. KG werde mangels erforderlicher Leitungsmacht der geschäftsführenden GmbH nicht von den Gesellschaftern dieser GmbH beherrscht, wobei der Gesellschaftsvertrag derart ausgestaltet war, daß diese GmbH in der Gesellschafterversammlung nicht die für die Beschlußfassungen nötige Mehrheit besaß und die "Vornahme wesentlicher Geschäfte" an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung oder des Beirates der GmbH & Co. KG gebunden war.

Diese Auffassung des KG, daß das Zustimmungserfordernis für die Vornahme wesentlicher Geschäfte eine Abhängigkeit der Gesellschaft vom geschäftsführenden Gesellschafter ausschließt, ist zuzustimmen.

Die Formulierung "wesentliche Geschäfte" ist so unscharf und auslegungsfähig, daß gar nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, welche Geschäfte eigentlich gemeint sind.

Auf jeden Fall dürfen "wesentliche Geschäfte" nicht mit "ungewöhnlichen Geschäften" im Sinne des § 116 II HGB identisch sein, da der Begriff "wesentlich" weiter gefaßt ist als "ungewöhnlich".

79) WUV/E OLG 2265

Das Zustimmungserfordernis betrifft also damit auch und gerade den Bereich der für das Unternehmen der Gesellschaft Üblichen und in diesem Bereich auch das Marktverhalten des Unternehmens, also wesentliche Entscheidungen. Dabei stellt es sich für den Geschäftsführer als zusätzliche Belastung dar, daß oftmals erst in der Gesellschafterversammlung geklärt werden muß, ob ein "wesentliches Geschäft" vorliegt.

Die wesentlichen Entscheidungen sind damit in einer Weise dem geschäftsführenden Gesellschafter entzogen, daß die Gesellschafterversammlung jede Entscheidung von einigem Belang an sich ziehen kann oder ihr diese durch den Beirat zugewiesen wird. Eine Abhängigkeit dieser Gesellschaft von ihrem geschäftsführenden Gesellschafter ist dabei ausgeschlossen.

- Ende des Exkurses -

2. Hinsichtlich der Frage der Abhängigkeit vom nicht geschäftsführungsbefugten Mehrheitsgesellschafter.

Die Frage nach der Abhängigkeit der Gesellschaft von ihrem Mehrheitsgesellschafter stellt sich bei der in Typ IV untersuchten Ausgestaltung dann, wenn aufgrund entsprechender Zustimmungserfordernisse eine Abhängigkeit vom geschäftsführenden Gesellschafter nicht entstehen kann.

Aber selbst wenn durch entsprechende Zustimmungserfordernisse dem geschäftsführenden Gesellschafter die alleinige Entscheidung über wesentliche Entscheidungen entzogen

wurde, so bedeutet das noch nicht, daß die Gesellschaft jetzt in der Abhängigkeit des Mehrheitsgesellschafters ohne Geschäftsführungsbefugnis gerät.

Dieser kann über die Gesellschafterversammlung immer nur einen Teil der wesentlichen Entscheidungen kontrollieren.

Das entscheidende Argument gegen die Abhängigkeit der Gesellschaft vom Mehrheitsgesellschafter ist aber das, daß dieser trotz aller Zustimmungserfordernisse nicht die Möglichkeit hat, die wesentlichen Entscheidungen - der hierverwendeten Abhängigkeitsdefinition entsprechend - in ihm genehmer Weise positiv zu beeinflussen.

Zustimmungserfordernisse vermögen nämlich der Gesellschafterversammlung und damit dem Mehrheitsgesellschafter stets nur Kontrollrechte über die Entscheidungen des geschäftsführenden Gesellschafters zuzuweisen, nicht aber Initiativrechte, d.h. die Möglichkeit, solche Entscheidungen selbständig in die Wege zu leiten und damit positiv zu beeinflussen. Die reine Entscheidungsverhinderungsmacht aber kann, wie oben⁸⁰ gezeigt, keine die Gesellschaft beherrschende Stellung schaffen.

Zum eben Gesagten gibt es jedoch Ausnahmen in folgenden Fällen, in denen die Gesellschafterversammlung und damit der Mehrheitsgesellschafter tatsächlich positiven Einfluß auf die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft ausüben kann:

- Hat die Gesellschafterversammlung das gesellschaftsvertraglich eingeräumte Recht, dem Geschäftsführer

80) wie oben S. 20

Weisungen zu erteilen⁸¹ und hat der geschäftsführende Gesellschafter keine Stellung, die es ihm ermöglicht, solche Weisungen zu verhindern, so kann der Mehrheitsgesellschafter, wenn er (etwa bei qualifizierten Mehrheitserfordernissen) die zur Weisungserteilung nötige Mehrheit besitzt, solche Weisungen nach eigenem Gutdünken erteilen. Da ihm dies die Möglichkeit gibt, alle Geschäftsführungshandlungen und damit alle wesentlichen Entscheidungen positiv zu beeinflussen, ist die Gesellschaft in diesem Fall von ihm abhängig.

- Ist der Geschäftsführer aufgrund entsprechender gesellschaftsvertraglicher Regelung jederzeit, auch ohne wichtigen Grund, abberufbar und kann diese Abberufung von der Gesellschafterversammlung mit Mehrheit beschlossen werden,⁸² so gibt dies dem Mehrheitsgesellschafter ebenfalls einen beherrschenden Einfluß auf die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft, denn der Geschäftsführer ist faktisch von ihm abhängig und daher gehalten, seine Weisungen zu befolgen, will er nicht seine Stellung riskieren. Wer den Geschäftsführer bestimmen und jederzeit abberufen kann, kann auch die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft bestimmen und diese so in seine Abhängigkeit bringen.

Auch für die genannten Fälle gilt im übrigen, daß Abhängigkeit ebenso von einer Gruppe von Gesellschaftern

81) Vgl. Hueck OHG § 1oIII 3, S. 138 und oben S. 6o f.

82) Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht, § 14 II 4, S. 101; BGH NJW 1973, 651 und oben S. 6o f.

die zusammen die Mehrheit der Kapitalanteile halten und mit entsprechender, über das für Gesellschafter einer Personengesellschaft Übliche hinausgehender, einheitlicher Leitungsmacht handeln,⁸³ bestehen kann.

Beide eben charakterisierten Fallgestaltungen kommen, das sei hier noch bemerkt, praktisch besonders häufig bei einer bestimmten Ausgestaltung der Kommanditgesellschaft vor: der sogenannten kapitalistischen KG. Bei dieser Gestaltung ist der Komplementär im Innenverhältnis von den Weisungen der Gesellschafterversammlung bzw. eines Mehrheitsgesellschafters abhängig, die Machtverteilung ist entscheidend am Kapitalanteil ausgerichtet, der Komplementär bekommt eine ähnliche Stellung wie ein GmbH-Geschäftsführer, er wird zum abhängigen Direktor, die Leitung der Gesellschaft obliegt dem Mehrheitskommanditisten⁸⁴.

Typ V

Der geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter hat eine Mehrheitsbeteiligung, aber seine Stellung ist durch Zustimmungserfordernisse geschwächt.

I. Ausgestaltung

1. Der geschäftsführende Gesellschafter hat einen Kapitalanteil, der höher ist als 50 % der Summe der Kapitalanteile der Gesellschafter.

83) Vgl. BGH NJW 1981, 2699 - "Transportbeton Sauerland" = BGHZ 81, 56

84) Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht § 18 VIII, S. 148 ff.; Boesebeck S. 12, 17 ff.; Nitschke S. 108 ff.; RGZ 166, 65; 169, 105; RG JW 1906, 144

2. Es besteht Alleingeschäftsführungsbefugnis für den Mehrheitsgesellschafter.

Es besteht eine Reihe der im Exkurs zu Typ IV beschriebenen Zustimmungserfordernisse, die allein Abhängigkeit ausschließen können.

3. Die Abstimmung in der Gesellschafterversammlung erfolgt nach Kapitalanteilen.

Welche Mehrheiten zur Beschlußfassung notwendig sind, soll in der Beurteilung differenziert werden.

II. Beurteilung

Zunächst bleibt festzuhalten, daß der Fall der Mehrheitsbeteiligung des geschäftsführenden Gesellschafters mit entsprechendem Stimmrecht wiederum gleichzusetzen ist mit dem Fall, daß dieser zwar mit einem Teil des auf seinen Kapitalanteil entfallenden Stimmrechtes ausgeschlossen ist, über dieses Stimmrecht aber zusammen mit dem Kapitalanteil verfügen kann.⁸⁵

Der hier zu untersuchende Typ bedarf unterschiedlicher Beurteilung, je nachdem, welche Beschlußfassungsmehrheiten in der Gesellschafterversammlung vorgesehen sind.

1. Die Frage nach den Mehrheitsverhältnissen wird nur dann relevant, wenn wegen des Vorhandenseins entsprechender Zustimmungserfordernisse⁸⁶ eine beherrschende Stellung des(allein)

85) Vgl. oben S. 28 f.

86) Vgl. dazu den Exkurs zu Typ IV, oben S. 63

geschäftsführenden Gesellschafters aufgrund seiner Geschäftsführerstellung ausgeschlossen ist.

In dieser Fallkonstellation kann der geschäftsführende Gesellschafter dann eine beherrschende, Abhängigkeit begründende Stellung erreichen, wenn er die Entscheidungen der Gesellschafterversammlung, die sich auf Zustimmungserfordernisse beziehen, die für die Frage des Vorhandenseins einer Abhängigkeitslage relevant sind, in gesicherter Weise kontrollieren kann.

Dazu ist zuerst nötig, daß er die Möglichkeit hat, Änderungen des Gesellschaftsvertrages zu verhindern, durch die etwa für die Entscheidung über Zustimmungserfordernisse qualifizierte Mehrheitserfordernisse eingeführt werden könnten. Beim hier untersuchten Typ hat der geschäftsführende Gesellschafter aufgrund seiner Mehrheitsbeteiligung in aller Regel die Möglichkeit, Gesellschaftsvertragsänderungen zu verhindern.

Anderes kann nur bei Sondergestaltungen gelten, etwa wenn der geschäftsführende Gesellschafter in Fragen der Änderung des Gesellschaftsvertrages kein Stimmrecht hat.

Die klarste Fallgestaltung, die dem geschäftsführenden Gesellschafter die Möglichkeit zu Beherrschung der Entscheidungen der Gesellschaf-

terversammlung gibt, ist die, daß er mit allen seinem Kapitalanteil entsprechenden Stimmrechten stimmberechtigt ist und dabei die für die Beschlußfassung erforderliche Mehrheit erreicht.

2. Aber auch in Fällen, die nicht so gelagert sind, daß sich die Beeinflussungsmöglichkeit der Entscheidungen der Gesellschafterversammlung schon aus Kapitalanteil und Abstimmungsmodus ergibt, etwa weil Abstimmungsmehrheiten vorgesehen sind, die der geschäftsführende Gesellschafter nicht erreicht, kann eine solche Beeinflussungsmöglichkeit gegeben sein.

Eine Möglichkeit dafür ist das Bestehen von Stimmbindungsverträgen zwischen dem geschäftsführenden Gesellschafter und einem oder mehreren anderen Gesellschaftern.

Auch ein Stimmbindungsvertrag verschafft dem Begünstigten (hier dem geschäftsführenden Gesellschafter) eine gesicherte, ihm zu Gebote stehende Einflußmöglichkeit⁸⁷.

Eine andere Möglichkeit ist die der gemeinsamen Beherrschung im Zusammenspiel mit einem anderen Gesellschafter, wenn dieser und der geschäftsführende Gesellschafter aufgrund einheitlicher

87) Vgl. Würdinger in Großkommentar AktG § 17 Anm. 5; Geßler in Geßler-Hefermehl, AktG § 16 Anm. 35; zur Vollstreckbarkeit der Stimmrechtsbindung vgl. für die GmbH BGH 248, 163

Leitungsmacht handeln.

Dies kann sich sowohl aus rechtlichen Beziehungen dieser Gesellschaft ergeben, wie auch aus faktischen⁸⁸.

Die Beherrschung durch eine Gruppe von Gesellschaftern setzt nicht voraus, daß diese alle die gleiche Stellung in der Gesellschaft (etwa als Geschäftsführer) innehaben, denn bei der Gruppenbeherrschung ist ja allein entscheidend das Moment der Gemeinsamkeit in der Ausübung des beherrschenden Einflusses, nicht jedoch die gesellschaftsorganisationsrechtliche Stellung der einzelnen Gruppenmitglieder. Nur die Summe ist relevant, nicht deren einzelne Glieder.

Liegen die Dinge in der Gesellschaft so wie beschrieben, so ist diese trotz aller Zustimmungserfordernisse von ihrem geschäftsführenden Gesellschafter oder einer Gruppe, der dieser angehört, abhängig.

Typ VI

Ein geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesellschafter hat die für Änderungen des Gesellschaftsvertrages nötige Mehrheit.

88) Vgl. BGH NJW 81, 2699 - "Transportbeton Sauerland"
= BGHZ 81, 56

I. Ausgestaltung

1. Ein geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesellschafter hat einen Kapitalanteil, der prozentual der zur Beschlußfassung über Änderungen des Gesellschaftsvertrages notwendigen Mehrheit entspricht, indem er diesen selbst hält oder die Stimmen von Mitgesellschaftern in entsprechender Weise durch Stimmbindungsverträge gebunden hat.
2. Es besteht Alleingeschäftsführungsbefugnis.
3. In der Gesellschafterversammlung wird nach Kapitalanteilen abgestimmt.
Für die Beschlußfassung über Änderungen des Gesellschaftsvertrages ist eine qualifizierte Mehrheit (z.B. 75 %) nötig.

II. Beurteilung

1. Sind mehrere geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter vorhanden, so wurde bereits oben bei Typ II und III gezeigt, daß eine Abhängigkeitslage von einem von ihnen auch dann nicht entstehen kann, wenn ein Widerspruchsrecht der anderen Geschäftsführer gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen wurde. Denn dann haben immer noch Handlungen zu unterbleiben, die denen anderer Geschäftsführer widersprechen.

2. Ist nur ein geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesellschafter (mit Vertragsänderungsmehrheit) vorhanden, so ist die Gesellschaft von ihm abhängig, und zwar unabhängig vom Vorliegen von Zustimmungserfordernissen. Denn dadurch, daß der geschäftsführende Gesellschafter den Katalog der Zustimmungserfordernisse einseitig beeinflussen kann, hat er, selbst wenn noch Zustimmungserfordernisse vorhanden sein sollten, die eine Abhängigkeit vom geschäftsführenden Gesellschafter ausschließen könnte, doch die gesellschaftsvertraglich (durch Festlegung der Mehrheitsgrenze für Vertragsänderungen) gesicherte Möglichkeit, diese zu beseitigen und damit eine Abhängigkeitslage zu schaffen.

Die gesellschaftsvertraglich gesicherte Möglichkeit, eine solche Abhängigkeitslage jederzeit zu schaffen, ist dem Bestehen der Abhängigkeitslage selbst gleichzusetzen.⁸⁹

Abhängigkeit ist somit im Falle der alleinigen Geschäftsführung stets gegeben.

Typ VII

Gesellschaft mit Beirat

I. Ausgestaltung

1. Der Kapitalanteil der einzelnen Gesellschafter ist beliebig.

89) Vgl. oben S. 28 f.

Spielt er bei der Beurteilung eine Rolle, so soll er dort variiert werden.

2. Es herrscht Einzelgeschäftsführung.
3. Die Abstimmung in der Gesellschafterversammlung erfolgt nach Kapitalanteilen.
4. Hinsichtlich der Bestellung der Beiratsmitglieder sind unterschiedliche Regelungen denkbar und gebräuchlich.⁹⁰

a) Die Beiratsmitglieder werden von den Gesellschaftern gewählt.

Dies kann, insbesondere bei der OHG, in der Gesellschafterversammlung geschehen.

Die Wahl kann aber auch, und diese Regelung ist häufig bei KGs anzutreffen, dergestalt vorgenommen werden, daß die Gesellschaft in eine Gruppe von geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschaftern (bei der KG die Komplementäre) und in eine Gruppe der nicht geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter unterschieden wird, und jede dieser Gruppen eine Anzahl von Beiräten benennen darf, die dann einen aus ihrer Mitte oder einen Dritten zum Beiratsvorsitzenden wählen.

90) Vgl. Voormann, S. 149 f.

Als Beispiel sei aus einem Formularbuch zitiert:⁹¹

"Die Mitglieder des Beirates werden auf die folgende Weise gewählt:

- a) Ein Mitglied wird von den Geschäftsführern mit einer Stimmenmehrheit von $\frac{3}{4}$ gewählt. Die Geschäftsführer stimmen hierbei nach Köpfen ab.
- b) Ein weiteres Mitglied wird von den Gesellschaftern mit absoluter Mehrheit ihrer sämtlichen Stimmen gewählt ... (Anm. des Verf.: Im hier gebrachten Beispiel soll diese Regelung sicherstellen, daß die Kommanditisten maßgeblichen Einfluß auf die Bestellung des zweiten Beiratsmitgliedes bekommen, denn die Geschäftsführer haben nicht die nach Kapitalanteilen zu berechnende absolute Mehrheit in der Gesellschafterversammlung; sollte dies in einer anderen Fallgestaltung der Fall sein, so böte sich auch eine Formulierung an wie:
das zweite Beiratsmitglied wird von den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern mit Mehrheit ihrer nach Kapitalanteilen zu berechnenden Stimmen gewählt).
- c) Die beiden nach a) und b) bestellten Mitglieder haben ein drittes Beiratsmitglied als Vorsitzenden zu wählen.

91) Beck'sches Formularbuch, Formular VIII C. 2, § 22 Abs. 3

Die Wahl des Vorsitzenden durch die beiden Beiratsmitglieder entfällt, wenn sämtliche Gesellschafter einstimmig den Vorsitzenden des Beirats wählen.

- d) Kommt auf vorgenannte Weise ein dreiköpfiger Beirat nicht zustande, werden die fehlenden Mitglieder auf Antrag eines Gesellschafters oder eines bereits bestellten Beiratsmitgliedes durch den Präsidenten der Industrie- und Handelskammer in Y-Stadt ernannt."
- b) Die Beiratsmitglieder werden nicht gewählt, sondern von den einzelnen Gesellschaftergruppen entsandt. Diese Regelung findet sich häufig bei Gesellschaften mit mehreren Familienstämmen und solchen Gesellschaften, bei denen mehrere Firmengruppen beteiligt sind.⁹²

Denkbar ist aber auch ein Entsendungsrecht durch jeden Geschäftsführer.

Insbesondere bei Publikums-KGs findet sich häufig die Regelung, daß der Beirat nur durch die Kommanditisten beschickt wird und deren Rechte gegenüber dem oder den geschäftsführenden Komplementären wahrzunehmen hat. In diesen Fällen trägt der Beirat wegen der Annäherung der Ausgestaltung der Gesellschaft an körperschaftlich strukturierte Gesellschaften dann oft den Namen Aufsichtsrat oder Kommanditistenausschuß.⁹³

92) Vgl. z.B. Nath-Schilling, S. 319

93) Vgl. Hüffer, ZGR 1980, 320 f.

5. Hinsichtlich der Befugnisse, die der Beirat in der Gesellschaft hat, sind wiederum verschiedenste Regelungen denkbar und gebräuchlich, bei denen der Beirat unterschiedliche Einflußmöglichkeiten innerhalb der Gesellschaft hat:

a) Der Beirat kann lediglich beratende Funktion haben.

Er besteht in diesen Fällen meistens aus Fachleuten, die in das Unternehmen betreffende Fachfragen von der Geschäftsführung konsultiert werden (Fachleutegremium), ohne daß dem Beirat irgendeine Entscheidungsbefugnis zukäme.⁹⁴

b) Der Beirat kann auch die Aufgabe haben, die Geschäftsführung zu überwachen und zu kontrollieren.

Dabei kann zum einen bestimmt sein, daß der Beirat nur aus Gesellschaftern der Gesellschaft (etwa aus Kommanditisten der KG) sich zusammensetzen dürfe.

Dieser Beirat leitet seine Funktion dann aus dem gemeinsamen Mitverwaltungs- und Kontrollrecht (§§ 118, 166 HGB) aller Gesellschafter ab und hat seine Aufgabe im Interesse aller Gesellschafter auszuüben.⁹⁵

Zum anderen ist es aber durch entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelung möglich,

94) Voormann, S. 8 ff.

95) Vgl. Schneider, DB 1973, 953

daß die Ausübung von Kontrollrechten Dritten überlassen wird, die diese dann nicht aus von den Gesellschaftern abgeleitetem Recht, sondern aus eigenem Recht wahrnehmen.⁹⁶

- c) Der Beirat kann schiedsrichterliche Funktion haben, in der Weise, daß er bei Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern über rechtliche und/oder tatsächliche Fragen zu entscheiden hat oder andere tatsächliche Unklarheiten zu klären hat.⁹⁷ Der Beirat kann dabei zu entscheiden haben, wenn sich über eine bestimmte Frage (z.B. die Zustimmung zu zustimmungsbedürftigen Geschäftsführungshandlungen) in der Gesellschafterversammlung keine Mehrheit finden läßt.

Dem Beirat kann auch bei sich widersprechenden Handlungen der geschäftsführende Gesellschafter die Entscheidung darüber übertragen sein, welche Handlung vorzunehmen sei, und welche zu unterbleiben habe.

Außerdem kann dem Beirat die Entscheidung über eine Vielzahl anderer Probleme vorbehalten sein; so kann er für die Berechnung von Auseinandersetzungsguthaben zuständig sein,

96) Vgl. Nitschke, S. 274 f; Hölten DB 1980, 2225, 2226; Voormann S. 126 ff., Hüffer ZGR 1980, 320, 323

97) Vgl. Schneider DB 1973, 953, 955

kann bei einer gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel (§ 139 HGB) aus mehreren Nachkommen den für die Nachfolge in den Gesellschaftsanteil geeignetsten aussuchen und anderes mehr.⁹⁸

- d) Der Beirat kann auch mit Entscheidungsbefugnissen betraut sein, die die Geschäftsführung der Gesellschaft betreffen.

Das kann so aussehen, daß der Beirat anstelle der Gesellschafterversammlung den zustimmungsbedürftigen Maßnahmen der Geschäftsführung zuzustimmen hat, kann aber auch so weit gehen, daß dem Beirat ein allgemeines Weisungsrecht in Geschäftsführungsangelegenheiten eingeräumt ist.⁹⁹

Dabei kann der Beirat auch durch Dritte gebildet werden¹⁰⁰.

98) Voormann, S. 44

99) Vgl. Schneider, DB 73, 953, 954

100) wobei die Frage nach der Zulassung von Fremdorganschaft bei Personengesellschaften hier nicht geklärt werden braucht, denn vertreten wird die Gesellschaft weiterhin von ihren geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschaftern; inwieweit sich die Gesellschafter im Innenverhältnis Fremdeinflüssen unterwerfen, bleibt ihrer einverständlichen gesellschaftsvertraglichen Regelung überlassen. Die Vertragsfreiheit gestattet es sogar, alle von der Geschäftsführungsbefugnis auszuschließen und einen oder mehrere Dritte alleine mit dieser Aufgabe zu betrauen; vgl. Teichmann, S. 189; Hueck OHG, § 10 II, S. 85 f.; Baumbach-Duden-Hopt, § 114 Anm. 2 E; BGHZ 26, 330; 33, 105; 41, 367

- e) Der Beirat kann schließlich auch die Befugnis zu Änderungen des Gesellschaftsvertrages haben.

Dabei handelt der Beirat als Vertreter der Gesellschafter, wobei die Einzelvollmachten bereits im Gesellschaftsvertrag gegeben werden.¹⁰¹

Die Änderungsbefugnis kann sich allerdings nur auf die Dinge beziehen, die nicht notwendiger Inhalt des Gesellschaftsvertrages sind, etwas die Frage der Zustimmungserfordernisse, oder aber auch auf Fragen der Organisation und Grundlagen der Gesellschaft, wie etwa die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis.

Ob auch hierbei Dritte den Beirat bilden können, d.h. ob Nichtgesellschaftern die Befugnis eingeräumt werden kann, den Gesellschaftsvertrag zu ändern, ist umstritten. Der BGH¹⁰² und ein Teil des Schrifttums¹⁰³ lassen dieses "Stimmrecht ohne Beteiligung" zu¹⁰⁴.

101) Vgl. Schneider, DB 1973, 753, 755

102) BGH LM HGB § 109 Nr. 6

103) Soergel-Schultze von Lasaulx BGB § 709 Anm. 41; Hueck OHG § 11 II Fn. 25a, S. 168; Schlegelberger-Geßler HGB § 119 Anm. 1

104) Einwände erhebt u.a. Nitschke, S. 289, der aber zumindest gegen die Konstruktion über eine gesellschaftsvertraglich zugelassene und widerrufliche Stimmrechtsvollmacht keine Bedenken hat, aaO, S. 286, Fn. 54

Der Streit braucht hier nicht vertieft zu werden, da das "Stimmrecht ohne Beteiligung" im Ergebnis, wenn auch mit unterschiedlicher dogmatischer Begründung, gebilligt wird.

II. Beurteilung

Die Beurteilung der Personengesellschaft mit Beirat hat insbesondere zu differenzieren hinsichtlich der Zusammensetzung des Beirates und seiner Befugnisse.

Als Ausgangspunkt kann festgehalten werden, daß sich für die Frage der Abhängigkeit einer Personengesellschaft von einem ihrer Gesellschafter oder von einer Gruppe von Gesellschaftern oder von Dritten durch die Existenz eines Beirates dann keine Änderung zu den bisher untersuchten Typen ohne einen solchen Beirat ergibt, wenn der Beirat keine Einflußmöglichkeiten auf die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft haben kann.

Dies ist der Fall beim rein beratenden Beirat (oben I 5a) und auch beim Beirat mit lediglich Kontroll- und Überwachungsfunktion (oben I 5b). Das Kontrollrecht soll nur der Information der nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschafter dienen, gibt aber keine Möglichkeit zu aktiver Mitwirkung bei der Geschäftsführung und hindert umgekehrt nicht die Geschäftsführer in ihrer Entscheidungsfreiheit.

Für die Abhängigkeitsfrage von Interesse sind somit nur die oben I 5c-d genannten Funktionen des schiedsrichterlichen Beirates, des Beirates

mit Entscheidungsbefugnissen hinsichtlich der Geschäftsführung und des Beirates mit der Befugnis, den Gesellschaftsvertrag zu ändern.

1. Der schiedsrichterliche Beirat (oben I 5c)

- a) Abhängigkeit vom Beirat bzw. der Person, die diesen kontrolliert?

Die Frage nach der Abhängigkeit vom Beirat ist für die Verbundklausel insbesondere dann von Interesse, wenn im Beirat ein Gesellschafter, eine Gruppe von Gesellschaftern oder ein Nichtgesellschafter eine beherrschende Stellung innehat.

Wenn hier von einer Abhängigkeit vom Beirat die Rede ist, bedeutet dies also Abhängigkeit von der Person oder der unter einheitlicher Leitungsmacht handelnden Personengruppe¹⁰⁵, die eine Stellung innehat, die sie die Entscheidungen des Beirates maßgeblich beeinflussen lassen.

Zu einer Abhängigkeit der Gesellschaft, sei es GBR, OHG, KG oder GmbH & Co. KG, von ihrem Beirat, kann es aber im Fall des schiedsrichterlichen Beirates nicht kommen, denn dieser hat nicht die Möglichkeit zur aktiven Einflußnahme auf die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft.

105) vgl. BGH 1981, 2699 - "Transportbeton Sauerland"
= BGHZ 81,56

Ihm ist nur in Sonderfällen - widersprechende Geschäftsführungshandlungen oder keine Mehrheitsfindung in der Gesellschafterversammlung - die Entscheidung über die Vornahme von bzw. die Zustimmung zu einzelnen Geschäftsführungshandlungen übertragen.

Nach dem hier verwendeten Abhängigkeitsbegriff kann Abhängigkeit aber nur dann vorliegen, wenn ein Gesellschafter, eine Gruppe von Gesellschaftern oder ein Dritter, hier über den Beirat, die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft auf Dauer positiv beeinflussen können.

Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn dem Beirat nur einzelne Entscheidungen zugewiesen sind, er aber kein Initiativrecht hat.

- b) Abhängigkeit von einem Gesellschafter oder einer Gruppe von Gesellschaftern trotz Vorhandenseins des Beirates?

- aa) Wenn mehrere geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter vorhanden sind, so ist, wie bereits oben festgestellt wurde (S.53) eine Abhängigkeitslage auch bei Ausschluß des Widerspruchsrechtes nicht gegeben, denn ein Geschäftsführer kann Entscheidungen nicht treffen, wenn ein Mitgeschäftsführer bereits in anderer Weise über sie entschieden hat.

Die Existenz eines schiedsrichterlichen Beirates kann an dieser Beurteilung nichts ändern.

Anders wurde aber der Fall beurteilt, daß bei sich widersprechenden Geschäftsführungshandlungen die Gesellschafterversammlung zu entscheiden hat. Abhängigkeit von einem Mitgeschäftsführer wurde dann bejaht, wenn dieser nach dem geltenden Abstimmungsmodus in der Gesellschafterversammlung in der Lage ist, dort stets Mehrheitsentscheidungen zu seinen Gunsten durchzusetzen, sei es dadurch, daß er die Kapitalmehrheit bei Abstimmung nach Kapitalanteilen hat oder daß er im Wege der Gruppenbildung andere Gesellschafter hinter sich gebracht hat, so daß sich insgesamt eine Mehrheit ergibt oder daß dies durch Stimmbindungsverträge geschehen ist.

An dieser Abhängigkeit kann sich durch das Vorhandensein eines schiedsrichterlichen Beirates nur dann etwas ändern, wenn dieser bei widersprüchlichen Handlungen der Geschäftsführer unmittelbar zu entscheiden hat, nicht dagegen, wenn er nur zu entscheiden hat, wenn in der Gesellschafterversammlung keine Mehrheit zustande kommt, denn diese Möglichkeit tritt bei der hier geschilderten Ausgestaltung, in der ein geschäftsführender Gesellschafter über eine Mehrheit in der Gesellschafterversammlung verfügt, gar nicht auf.

Hat der Beirat dagegen bei widersprüchlichen Geschäftsführungshandlungen unmittelbar zu entscheiden, so nimmt dies dem geschäftsführungsbefugten Gesellschafter, der die Mehrheit in der Gesellschafterversammlung hinter sich weiß, zunächst seinen Abhängigkeit begründenden, bestimmenden Einfluß auf die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft, denn durch den Widerspruch eines Mitgeschäftsführers wird die Entscheidung über die Vornahme der Geschäftsführungshandlung auf das von diesem Gesellschafter im Gegensatz zur Gesellschafterversammlung nicht kontrollierte Gremium Beirat verlagert. Eine Abhängigkeit der Gesellschaft von einem ihrer geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter kann bei der geschilderten Lage der Dinge daher nur dann entstehen, wenn dieser Gesellschafter nicht nur die Gesellschafterversammlung, sondern auch den Beirat kontrollieren kann. Ob das der Fall ist, ist je nach der Regelung der Bestellung der Beiratsmitglieder unterschiedlich zu beurteilen.

Werden diese von der Gesellschafterversammlung gewählt, so setzt sich die Kontrolle dieser Versammlung durch einen Gesellschafter im Beirat fort. Abhängigkeit ist gegeben.

Wird der Beirat dagegen gruppenweise

durch geschäftsführungsbefugte und nicht geschäftsführungsbefugte Gesellschafter beschickt, so kann es nicht zu Abhängigkeit von einem geschäftsführenden Gesellschafter kommen, denn wenn mehrere solche vorhanden sind, kann er nicht einmal die Beschickung durch die Gruppe der Geschäftsführer in gesicherter Weise beeinflussen.

Wohl kann es aber zur Abhängigkeit von einer Gruppe von Gesellschaftern kommen.

Wird der Beirat, und das ist die Regel, von der Gruppe der geschäftsführungsbefugten und der nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschafter oder von verschiedenen Familienstämmen paritätisch beschickt, so müssen dieser Gruppe die Mehrheit der geschäftsführungs- und die Mehrheit der nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschafter angehören.

Diese Gruppe muß außerdem die Mehrheit in der Gesellschafterversammlung haben. Statt der Gruppenbildung ist auch der Abschluß entsprechender Stimmbindungsverträge möglich.¹⁰⁶

Handelt es sich um einen Beirat, der nur von den nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschaftern beschickt wird (bei

106) Zu deren Zulässigkeit vgl. Fn. S. 54

der KG Kommanditistenbeirat), so kann es zu einer gesicherten Kontrolle der Entscheidungen des Beirates durch einen geschäftsführenden Gesellschafter und damit zu Abhängigkeit von diesem Gesellschafter kommen, wenn er die nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschafter (Kommanditisten) in ihrer Abstimmungsentscheidung an sich bindet.

Dies kann wiederum durch Gruppenbildung geschehen, was dann aber zu Abhängigkeit von der ganzen Gruppe führt, oder durch den Abschluß entsprechender Stimmbindungsverträge, die es dem geschäftsführenden Gesellschafter erlauben, allein beherrschenden Einfluß auf die Gesellschaft zu gewinnen.

- bb) Wenn nur ein geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesellschafter vorhanden ist (bei der KG nur ein Komplementär, bei der GmbH & Co. KG die GmbH), so wurde oben bereits festgestellt, daß bei Nichtvorhandensein von entsprechenden Zustimmungserfordernissen, OHG und GBR von ihrem allein geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter¹⁰⁷, die KG von ihrem einzigen Komplementär, bei der GmbH & Co. KG also von der GmbH bzw. der hinter dieser stehenden Person oder Personengruppe¹⁰⁸ unabhängige von dessen

107) oben S. 58

108) oben S. 43 f., S. 48

jeweiligem Kapitalanteil, allein aufgrund der alleinigen Geschäftsführerstellung abhängig sind.

An diesem Ergebnis kann auch das Vorhandensein eines schiedsrichterlichen Beirates nichts ändern, denn wenn keine entsprechenden Zustimmungserfordernisse (außer den dispositiv gesetzlich vorgesehenen) vorhanden sind, kann weder die Gesellschafterversammlung, noch ein Beirat den geschäftsführenden Gesellschafter in seiner alleinigen Einflußnahme auf die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft hindern.

Sind dagegen Zustimmungserfordernisse vorhanden, die die Abhängigkeit vom alleinigen geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter ausschließen¹⁰⁹, so rücken für die Beurteilung der Abhängigkeitsfrage wiederum die anderen Gesellschaftsorgane und die Beherrschungssituation in diesen in den Mittelpunkt.

Hat der geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung eine gesicherte Mehrheit, weil er eine Mehrheit hinsichtlich seines Kapitalanteils hat und

109) Vgl. Exkurs zu Typ IV, oben S. 63 ff.

nach Kapitalanteilen abgestimmt wird¹¹⁰ oder weil er entsprechende Stimmbindungsverträge abgeschlossen hat oder weil es zu einer Gruppenbildung kam, so ist wiederum die Existenz und Zusammensetzung eines schiedsrichterlichen Beirates für die Abhängigkeitsfrage ohne Bedeutung, denn zu widersprüchlichen Geschäftsführerhandlungen kann es wegen des Vorhandenseins nur eines Geschäftsführers nicht kommen, und daß über die Frage der Zustimmung zu einer zustimmungsbedürftigen Geschäftsführungsentscheidung keine Mehrheit in der Gesellschafterversammlung zustande kommt, ist wegen der geschilderten Mehrheitsverhältnisse nicht möglich.

-
- 110) Diese Konstruktion dürfte praktisch selten sein, denn sie führt zu einem Leerlauf der Zustimmungserfordernisse, sie kann aber vorkommen, wenn beispielsweise ein bestimmender Gesellschafter, etwa der Firmengründer, der dann später andere Gesellschafter aufgenommen hat, weiterhin unbeschränkt die Geschicke der Gesellschaft leiten soll, für den Fall seines Ausscheidens aber schon jetzt eine den Nachfolger in der Geschäftsführung beschränkende Regelung festgelegt werden soll, oder wenn sich umgekehrt durch das Ausscheiden eines Gesellschafters und die Anwachsung seines Kapitalanteils an die anderen Gesellschafter, §§ 138, 105 II HGB, 738 BGB oder eine entsprechende Erbfolge, die einem Gesellschafter den Kapitalanteil des anderen zukommen läßt, etwa wenn Vater und Sohn in der Gesellschaft sind, in der Hand eines Gesellschafters plötzlich ein Mehrheits-Kapitalanteil ergibt.

Daß der Beirat etwa über die Frage eines Abfindungsguthabens schiedsrichterlich tätig werden könnte, hat mit wesentlichen Entscheidungen, und damit mit Abhängigkeit nichts zu tun.

Es bleibt also bei Abhängigkeit vom geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter bzw. von einer Gruppe, der dieser angehört.

Hat der geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter dagegen in der Gesellschafterversammlung keine gesicherte Mehrheit, ist also das Entstehen wechselnder Mehrheiten oder das Nichtentstehen einer Mehrheit in diesem Gremium möglich, so ist wegen des Vorhandenseins der Abhängigkeit ausschließenden Zustimmungserfordernisse weder eine Abhängigkeit der Gesellschaft von ihrem geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter noch von einem eventuell vorhandenen nicht geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Mehrheitsgesellschafters gegeben¹¹¹.

Daran kann das Vorhandensein eines schiedsrichterlichen Beirates selbst dann nichts ändern, wenn der geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter

111) Vgl. oben S. 58 ff.

oder der Mehrheitsgesellschafter ohne diese Befugnisse dort einen bestimmenden Einfluß haben.

Der schiedsrichterliche Beirat tritt nämlich erst dann in Aktion, wenn in der Gesellschafterversammlung eine Mehrheitsentscheidung nicht zustande kommt. Nur wenn es dem geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter möglich wäre, stets Mehrheitsentscheidungen in der Gesellschafterversammlung zu verhindern, und damit die Entscheidung über die Zustimmung zu zustimmungsbedürftigen Handlungen seiner Geschäftsführung dem von ihm kontrollierten Beirat zuzuschieben, könnte für ihn eine gesicherte Beeinflussungsmöglichkeit der wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft entstehen.

Diese stete Verhinderung von Mehrheitsentscheidungen in der Gesellschafterversammlung ist ihm aber in der hier untersuchten Konstellation nicht möglich, die Gesellschaft ist somit nicht von ihm abhängig.

Anders könnte der Fall allerdings dann liegen, wenn zur Abstimmung über die Zustimmung zu zustimmungsbedürftigen Geschäftsführungshandlungen eine qualifizierte Mehrheit nötig ist.

Dann nämlich könnte der geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter Mehrheitsentscheidungen in der Gesell-

schafterversammlung verhindern, und damit die Entscheidung dem Beirat zuschieben, wenn er eine entsprechende Sperrminorität hätte.

In diesem Fall wäre die Gesellschaft von ihm abhängig.

Ein nicht geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Mehrheitsgesellschafter hat zwar die Möglichkeit, Mehrheitsentscheidungen in der Gesellschafterversammlung zu verhindern.

Der Fall ist aber, wenn das Vorliegen einer einfachen Mehrheit in der Gesellschafterversammlung genügt, nur theoretisch, denn der Mehrheitsgesellschafter kann dann direkt in der Gesellschafterversammlung die Entscheidungen beeinflussen. Dies genügt aber nicht zur Begründung einer Abhängigkeit der Gesellschaft von ihm.

Zu prüfen bleibt aber der Fall, daß der Gesellschaftsvertrag eine qualifizierte Mehrheit für Abstimmungen über Zustimmungserfordernisse vorsieht.

Ein Mehrheitsgesellschafter hat dann stets eine Sperrminorität, könnte also regelmäßig Entscheidungen, die zustimmungsbedürftige Geschäftsführerhandlungen betreffen, dem von ihm beherrschten Beirat zuweisen. Auch diese Möglichkeit kann ihm aber keine Stellung geben, die die Gesellschaft in eine Abhängigkeitssituation von ihm bringen würde.

Denn genauso wenig wie eine Beherrschung der Entscheidungen der Gesellschafterversammlung, die über die Zustimmung zu zustimmungsbedürftigen Handlungen abzustimmen hat, genügt um Abhängigkeit zu begründen, genügt eine Beherrschung des Beirates, wenn diesem regelmäßig die Entscheidungen über die Zustimmung wegen der besonderen Verhältnisse in der Gesellschafterversammlung zukommen, denn mangels der Möglichkeit, initiativ tätig zu werden, kann er keinen positiven Einfluß auf die wesentlichen Entscheidungen nehmen.

Hier kann daher auf oben S. 85 verwiesen werden.

2. Der Beirat mit Entscheidungsbefugnissen hinsichtlich der Geschäftsführung.

- a) Abhängigkeit vom Beirat bzw. von dem oder den ihn beherrschenden Gesellschaftern oder Dritten?

Variante 1:

Der Beirat hat an Stelle der Gesellschafterversammlung den zustimmungsbedürftigen Maßnahmen der Geschäftsführung zuzustimmen.

In dieser Fallgestaltung kann es nicht zu einer Abhängigkeit der Gesellschaft von ihrem Beirat und damit von einer Person kommen, die im Beirat beherrschenden Einfluß ausübt.

Zum einen kann der Beirat nicht alle wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft kontrollieren, da ihm nur katalogmäßig die Zustimmung zu einzelnen Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen ist, zum anderen fehlt ihm aber auch hier jede Initiativmöglichkeit. Er kann also wesentliche Entscheidungen nicht unmittelbar selbst treffen, sondern muß abwarten, ob ein geschäftsführender Gesellschafter sie trifft, und kann diese dann lediglich kontrollieren. Die reine Verhinderungsmacht, die sich zudem nur auf einen Teilbereich der wesentlichen Entscheidungen erstreckt, begründet aber keine positive Beeinflussungsmöglichkeit dieser wesentlichen Entscheidungen und begründet daher keine Stellung des Beirates, die zu einer Abhängigkeit der Gesellschaft von ihm oder einer ihn beherrschenden Person führen würde.

Variante 2

Dem Beirat ist allgemeines Weisungsrecht in Geschäftsführungsangelegenheiten eingeräumt.

In diesem Fall kann der Beirat in ihm genehmer Weise die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft bestimmen, denn ihm ist ein allgemeines Initiativrecht verbunden mit einer entsprechenden Entscheidungsbefugnis eingeräumt, wobei als Grenze lediglich die Sittenwidrigkeit gesetzt ist. Der Beirat kann daher hier als Instrument zur Beherrschung der

Gesellschaft dienen, und zwar dem, der wiederum den Beirat beherrscht.

Da diese Beherrschung auf Dauer angelegt sein muß, kann Beherrschung des Beirates nichts anderes bedeuten, als Beherrschung der Entscheidungen, die die Zusammensetzung eines Teils des Beirates betreffen, der dort nach den gegebenen Abstimmungsmodi die Mehrheit darstellt.

Diese Stellung hat beispielsweise ein Mehrheitsgesellschafter ohne Geschäftsführungsbefugnis, wenn der Beirat paritätisch von den Geschäftsführern und von den nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschaftern, die nach Kapitalanteilen abstimmen, beschickt wird und die Gesellschafterversammlung mit Mehrheit ihrer nach Kapitalanteilen zu errechnenden Stimmen den Beiratsvorsitzenden wählt.

Der Beirat kann bei der Stellung, in der er hier untersucht wird aber vor allem zum geeigneten Mittel zur Beherrschung der Gesellschaft durch eine Gruppe von Gesellschaftern gemacht werden, die die Möglichkeit hat, ständig die Mehrzahl der Beiratsmitglieder zu bestimmen.

Zu dieser Gruppe können auch Nichtgesellschafter gehören, ja sie kann sogar nur aus solchen bestehen (z.B. Lieferanten, Kreditgeber etc.), wenn diesen von den Gesellschaftern ein zeitlich unbefristet Recht zur Beschickung des Beirates eingeräumt ist¹¹².

112) Vgl. Teichmann; Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, S. 189

b) Abhängigkeit von einem Gesellschafter oder einer Gruppe von Gesellschaftern trotz Vorhandenseins des Beirates?

aa) Bei Vorhandensein mehrerer geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesellschafter.

Variante 1

Der Beirat hat statt der Gesellschafterversammlung den zustimmungsbedürftigen Maßnahmen der Geschäftsführung zuzustimmen.

Gibt es in der Gesellschaft mehrere geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter, so ist die Gesellschaft auch bei Ausschluß des Widerspruchsrechtes nach §§ 115 I, 161 II iVm 115 I HGB von keinem dieser Gesellschafter allein aufgrund seiner Stellung als geschäftsführender Gesellschafter abhängig.¹¹³

113) Vgl. oben S.53 für GBR und OHG, S.56 für die KG

Dies gilt erst recht, wenn zusätzlich noch Zustimmungserfordernisse vorhanden sind.

Abhängigkeit von einem der geschäftsführenden Gesellschafter kann sich nur dann ergeben, wenn dieser zusätzlich zu seiner Geschäftsführerstellung noch die Möglichkeit hat, die Entscheidungen in dem Gremium zu kontrollieren, das bei widersprüchlichen Geschäftsführerhandlungen zu entscheiden und bei zustimmungspflichtigen Handlungen zuzustimmen hat.

Zur Geschäftsführerstellung muß also hier noch eine Kontrolle des Beirates, d.h. über dessen Beschickung, kommen.

Variante 2

Dem Beirat ist ein allgemeines Weisungsrecht in Geschäftsführungsangelegenheiten eingeräumt.

In diesem Fall kann die Gesellschaft nicht von einem ihrer Geschäftsführer abhängig sein, denn wer hinsichtlich wesentlicher Entscheidungen den Weisungen eines anderen unterliegt, kann diese nicht in ihm genehmer Weise beeinflussen. Bestimmendes Organ in der Gesellschaft ist hier, wie oben S.115 gezeigt hat, vielmehr allein der Beirat.

Wer diesen beherrscht, d.h. dessen mehrheitliche Beschickung maßgeblich beeinflussen kann, beherrscht die Gesellschaft, unabhängig davon, ob er ansonsten in der

Gesellschaft Geschäftsführungsbefugnis oder einen Mehrheitskapitalanteil hat oder nicht.

- bb) Es ist nur ein geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesellschafter (bei der KG ein Komplementär) vorhanden.

Variante 1

Der Beirat entscheidet statt der Gesellschafterversammlung über die Zustimmung zu zustimmungspflichtigen Geschäftsführungshandlungen.

Sind die Zustimmungserfordernisse derart, daß sie die an sich gegebene Abhängigkeit der Gesellschaft vom allein geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter¹¹⁴ nicht ausschließen können¹¹⁵, so ändert das Vorhandensein des Beirates nichts an der Abhängigkeit der Gesellschaft.

Sind dagegen Zustimmungserfordernisse vorhanden, die Abhängigkeit ausschließen können, so kann die Gesellschaft wie oben unter aa) von ihrem geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter

114) Vgl. Oben S. 43 ff. für die KG, S. 58 ff. für die OHG und GBR

115) Vgl. Exkurs zu Typ IV, oben S. 63 ff.

nur abhängig sein, wenn dieser auch die Zusammensetzung des Beirates kontrollieren kann, was auch im Wege der Gruppenbildung oder mittels Abschlusses von Stimmbindungsverträgen geschehen kann.

Variante 2

Der Beirat hat ein allgemeines Weisungsrecht in Geschäftsführungsangelegenheiten.

Hier ergibt sich keine Besonderheit zu dem Fall, daß mehrere geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter vorhanden sind: Abhängigkeit ist allein vom Beirat, d.h. von dem, der dessen mehrheitliche Zusammensetzung kontrolliert, gegeben.

3. Der Beirat mit der Befugnis zu Änderungen des Gesellschaftsvertrages.

- a) Abhängigkeit vom Beirat bzw. dem oder den ihn beherrschenden Gesellschafter oder Dritten?

Die Frage nach der Abhängigkeit vom Beirat hängt bei dieser Fallkonstellation eng mit der bereits behandelten Frage¹¹⁶ nach dem Zeitpunkt, auf den bei der Beurteilung der Abhängigkeitslage abzustellen ist, zusammen.

116) Oben S. 28 ff.

Hat der Beirat bereits durch den Gesellschaftsvertrag aktuell begründet die Möglichkeit, auf die Geschäftsführung, durch Weisungen etc., Einfluß zu nehmen, so ist auf jeden Fall Abhängigkeit gegeben.

Hat er diese Möglichkeit aber noch nicht, so ist dennoch bereits im Moment der Beurteilung Abhängigkeit im Sinne der fusionsrechtlichen Verbundklausel gegeben, denn hier liegt ein Fall vor, in dem der Grundsatz der Beurteilung alleine nach der Ist-Situation durchbrochen ist, denn hier hat der Beirat die im Gesellschaftsvertrag expressis verbis eingeräumte Möglichkeit, den Gesellschaftsvertrag zu ändern, also auch darin ein Weisungsrecht für sich zu verankern (etwas anderes gilt natürlich, wenn gerade dieses Recht ausdrücklich ausgenommen ist).

- b) Abhängigkeit von einem Gesellschafter oder einer Gruppe von Gesellschaftern trotz Vorhandenseins des Beirates?

Auch wenn noch kein Weisungsrecht des Beirates und wenn noch keine zustimmungsbedürftige Geschäftsführungsakte mit Zustimmungsbefugnis des Beirates im Gesellschaftsvertrag vorhanden sind, so nimmt doch die vertraglich eingeräumte Möglichkeit des Beirates, dies jederzeit zu tun, jeder beherrschenden Gesellschafterstellung, sei es als allein geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesellschafter ohne

Behinderung durch maßgebliche Zustimmungserfordernisse, der als Mitgeschäftsführer mit Kontrolle der in Streitfragen entscheidenden Gesellschafterversammlung das Moment der auf Dauer gesicherten Beeinflußbarkeit der wesentlichen Entscheidungen.

Daher ist eine Gesellschaft mit einem so ausgestalteten Beirat nur von diesem abhängig, d.h. beherrschenden Einfluß über die Gesellschaft kann nur derjenige gewinnen, sei es ein Gesellschafter, ein Dritter oder eine Gruppe von Gesellschaftern oder Dritten der oder die die Besetzung der Mehrheit des Beirates kontrollieren oder aufgrund tatsächlicher Übung mit diesem einverständlich zusammenarbeiten.

Typ VIII:

Die Gesellschaft mit Beteiligung Dritter an Organbefugnissen

Vorbemerkung: Unter diesem Typ sollen nur die Fälle untersucht werden, in denen Dritte mit eigenen Organbefugnissen betraut werden, nicht diejenigen, in denen sich die Organe der Gesellschaft Weisungen Dritter hinsichtlich ihrer Tätigkeit und Zusammensetzung unterwerfen.

Diese Fälle sollen später in einem eigenen Kapitel behandelt werden.

I. Ausgestaltung

1. Der Kapitalanteil der Gesellschafter
ist beliebig; wo er in der Beurteilung
eine Rolle spielt, soll er variiert werden.

2. Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis.

Heftig umstritten ist die Frage, ob ein Dritter mit selbständiger Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausgestattet werden kann.

Die h.M. in Rechtsprechung und Literatur verneint dies unter Hinweis auf das im Personengesellschaftsrecht geltende Prinzip der Selbstorganschaft. Dabei gestatte es die Vertragsfreiheit zwar, alle von der Geschäftsführung auszuschließen, die Vertretungsmacht mindestens eines Gesellschafters müsse aber erhalten bleiben¹¹⁷

Gegen diese h.M. werden beachtliche Argumente vorgebracht¹¹⁸.

Der Streit soll hier aber nicht weiter vertieft werden, denn Sinn der vorliegenden Arbeit ist es, Abhängigkeitsverhältnisse

117) Vgl. Fischer Großkommentar HGB, § 114 Anm. 10; Ulmer in Münchner Kommentar, § 709, Rnr. 4; Kraft-Kreutz, D 2. Kap. II 1c, cc; Reuter, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, S. 178 ff.

118) Vgl. etwa A. Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, S. 116 ff., 120, der zu Recht bemerkt, daß wenn man einen Gesellschafter überhaupt für fähig hält, die im Ausschluß seiner Befugnisse liegenden Gefahr abzuschätzen und zu übernehmen, man ihm auch die Entscheidung überlassen sollte, welcher Person er die Ausübung dieser Funktion überträgt, und ihn nicht auf die Mitgesellschafter begrenzen sollte; H.P. Westermann, S. 148 ff, 156.

in konkret möglichen Gesellschaftsgestaltungen zu untersuchen. Daher soll in der Ausgestaltung der h.M. gefolgt werden.

Die Gesellschafter haben also durch gesellschaftsvertragliche Regelungen vereinbart, daß die Leitung des Unternehmens einem Dritten überlassen werden soll.

Bis auf einen, sind alle Gesellschafter von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen. Der Dritte, der das Unternehmen leiten soll, wurde mit umfassenden, über eine Prokura hinausgehenden Vollmachten ausgestattet.

3. Interne Herrschaftsverhältnisse

In der Gesellschafterversammlung wird nach Kapitalanteilen abgestimmt. In einer zu untersuchenden Variante hat dabei auch der Dritte ein Stimmrecht. Zwar ist es nach h.M. nicht möglich, in Personengesellschaften das Stimmrecht an einen Dritten zu übertragen, da dies mit dem Wesen der Gesamthandsgemeinschaft nicht zu vereinbaren sei¹¹⁹.

Das Gleiche gilt für die Erteilung einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht

119) Vgl. BGHZ 3, 354; 20, 263; BGH NJW 1970, 468; Baumbach-Duden-Hopt § 119 Anm. 3 E; Schlegelberger-Geßler §§ 119 Anm. 1; BGB RGRK-Fischer § 709 Anm. 11

mit Stimmverzicht des vollmachtgebenden Gesellschafters¹²⁰

Für zulässig erachtet wird aber die Gewährung eines zusätzlichen Stimmrechts an Dritte neben dem der Gesellschafter¹²¹.

II. Beurteilung

GBR, OHG und KG können hier gemeinsam behandelt werden, da die Probleme hinsichtlich der Beurteilung der Abhängigkeitslage jeweils gleich gelagert sind.

1. Die Gesellschaft wäre dann von dem Dritten abhängig, wenn dieser die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft in auf Dauer gesicherter Weise positiv beeinflussen könnte.

Dies ist bei der hier geschilderten, mit der h.M. als zulässig erachteten, Ausgestaltung der Gesellschaft aber nicht möglich.

Zwar erlaubt dem Dritten an sich seine, nicht durch Zustimmungserfordernisse beschränkte Stellung als Geschäftsführer eine ihm genehme Ausgestaltung dieser Geschäftsführung.

Seine Geschäftsführungsbefugnis unterliegt aber den Weisungen der Gesellschafter, die diese durch Gesellschafterbeschuß

120) BGHZ 3, 354

121) Vgl. BGH JZ 1960, 490 mit zust. Anm. von A. Hueck

ohne daß der Dritte Mitwirkungsmöglichkeiten hätte, geben können.

Anders wäre die Beurteilung aber für den Fall, daß der Dritte in der Gesellschafterversammlung ein Stimmrecht hätte, das es ihm nach dem geltenden Abstimmungsmodus ermöglichte, solche Weisungen zu verhindern (sein Stimmrecht müßte dann einer aktienrechtlichen Sperrminorität entsprechen).

Auch in einem solchen Fall käme es aber nicht zu einer Abhängigkeit der Gesellschaft von dem Dritten, denn seine Beeinflussungsmöglichkeit der wesentlichen Entscheidungen ist nicht auf Dauer angelegt. Für ihn gilt nämlich die ansonsten für geschäftsführende Gesellschafter bei OHG und KG geltende Regelung des § 117 HGB nicht, wonach die Geschäftsführungsbefugnis nur durch gerichtlichen Beschluß entzogen werden kann.

Ist sie ihm aber jederzeit durch Gesellschafterbeschluß entziehbar, so ist sein Einfluß auf die Gesellschaft nicht auf Dauer angelegt und somit keine Abhängigkeit gegeben.

Auch hier wieder ein Fall der Abweichung vom Prinzip des Abstellens auf den Ist-Zeitpunkt.

An dieser Beurteilung kann auch ein Stimmrecht des Dritten in der Gesellschafterversammlung nichts ändern, denn Gesellschafter, gegen die sich Beschlüsse über Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis etc. richten,

sind naturgemäß von der Abstimmung darüber in der Gesellschafterversammlung ausgeschlossen¹²².

Was für Gesellschafter gilt, muß aber erst recht für stimmberechtigte Dritte gelten.

Jedoch ist die Nichtgeltung von § 117 HGB für den Dritten nicht zwingend. Vielmehr kann die Geltung des § 117 HGB gesellschaftsvertraglich festgelegt werden. Kann die Befugnis des Dritten, die Geschäfte zu führen, aber nur noch durch gerichtlichen Beschluß und wegen eines wichtigen Grundes entzogen werden, so besteht kein Anlaß mehr, von der Beurteilung nach dem Ist-Zeitpunkt abzugehen.

Wenn der Dritte jetzt noch die Möglichkeit hat, Weisungen an ihn zu verhindern, vgl. oben, so ist ihm eine auf Dauer angelegte Beeinflussungsmöglichkeit der wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft gegeben, diese also von ihm abhängig. Bei der Abstimmung über eine solche Weisung wäre der Dritte auch nicht ausgeschlossen, denn es kommt dabei nicht zwangsläufig zu einer Kollision seines persönlichen mit dem Gesellschaftsinteresse¹²³.

2. Zu einer Abhängigkeit der Gesellschaft von ihrem allein vertretungsbefugten,

122) BGH NJW 1974, 1556; Zöllner S. 346,

123) Baumbach-Duden-Hopt § 119 Anm. 1 D.

nicht aber geschäftsführungsbefugten Gesellschafter kann es dagegen nicht kommen. Die Vertretungsmacht unterliegt zwar keinen Beschränkungen; da aber nur sehr wenige Vertretungshandlungen denkbar sind, die nicht gleichzeitig Geschäftsführungshandlungen sind - im Bereich der wesentlichen Entscheidungen dürfte es gar keine geben - kann der vertretungsbefugte Gesellschafter im Innenverhältnis stets nur mit Genehmigung des Dritten handeln. Die Möglichkeit, aufgrund der isolierten Vertretungsmacht unter Verstoß gegen die Verpflichtungen, die sich aus dem Gesellschaftsinnenverhältnis ergeben, zu handeln und dabei regelmäßig schadenersatzpflichtig zu werden, ist jedenfalls keine geeignete Basis, um einen bestimmenden Einfluß auf die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft auf Dauer auszuüben.

Typ IX: Die stille Gesellschaft

Untersucht werden soll hier die Frage, ob die stille Gesellschaft bei bestimmten Ausgestaltungen in Abhängigkeit von ihrem stillen Gesellschafter geraten kann, und ob sich an der "normalen" Abhängigkeit der Gesellschaft vom Geschäftsinhaber etwas ändern kann.

1. Beim gesetzlichen Regelfall der stillen Gesellschaft kann die Frage nach einer

Abhängigkeit der Gesellschaft vom stillen Gesellschafter verneint werden. Die Geschäftsführung steht ausschließlich dem Geschäftsinhaber zu, vgl. § 335 HGB, der stille Gesellschafter hat lediglich geringe Kontrollrechte, § 338 HGB.

Von einer Einflußnahme auf die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft ist der Stille ausgeschlossen.

Die Gesellschaft ist aber selbstverständlich vom Geschäftsinhaber als dem allein bestimmenden Teil abhängig.

2. Die gesetzliche Regelung ist jedoch dispositiv. Die stille Gesellschaft kann atypisch ausgestaltet werden¹²⁴.

Zu nennen sind hierbei die folgenden praktisch besonders wichtigen Ausgestaltungen:

- Der Stille ist hinsichtlich seines Gewinns und seines Auseinandersetzungsguthabens wie ein Gesamthänder gestellt¹²⁵

124) Vgl. Koenigs, S. 116

125) Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht § 19 VII 5, S. 161; Rasner, S. 60 ff.; Aulinger S. 19 ff; H.P.Westermann S. 311 ff.

- Der Stille ist in irgendeiner Weise berechtigt, an der Geschäftsführung teilzunehmen¹²⁶.

Für die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens von Abhängigkeitssituationen der Gesellschaft ist hiervon nur die zweite Ausgestaltung interessant.

Sie ist wiederum in verschiedenen, hier als typisch zu untersuchenden Variationen möglich¹²⁶.

- a) Die Geschäftsführungsbefugnis des Geschäftsinhabers kann dadurch beschränkt werden, daß er allgemein oder für bestimmte Geschäfte der Zustimmung des stillen Gesellschafters bedarf.

- aa) Hinsichtlich der Frage, ob die Gesellschaft bei dieser Ausgestaltung noch von dem Geschäftsinhaber abhängig im fusionsrechtlichen Sinne ist, kann auf das oben zu Typ IV Gesagte verwiesen werden¹²⁷.

126) Vgl. BGHZ 8, 157, 160; Hueck Gesellschaftsrecht aaO; Rasner S. 75 ff., Schilling Großkommentar HGB § 335 Anm. 60; Baumbach-Duden-Hopt § 335 Anm. 5; Böttcher/Zartmann/Fant S. 81 f., 132 f.,; Aulinger S. 27, ff. H.P. Westermann, S. 314 ff.

127) S. 56 ff.

Sind nur Zustimmungserfordernisse vorhanden, die sich auf ungewöhnliche Geschäfte beziehen, und/oder solche, die für sich alleine eine Abhängigkeit vom allein geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter nicht ausschließen können¹²⁸, so ändert sich an der Abhängigkeit vom Geschäftsinhaber nichts.

Sind dagegen Zustimmungserfordernisse vorhanden, die eine solche Abhängigkeit ausschließen können¹²⁸, so gilt auch für die stille Gesellschaft, daß eine Abhängigkeit vom Geschäftsinhaber nicht gegeben ist. Angemerkt sei hier noch, daß das zur Beherrschung durch eine Gruppe gesagt¹²⁹ auch im Verhältnis Geschäftsinhaber - stiller Gesellschafter gilt.

Auch diese können aufgrund gleichgerichteter, über das für Personengesellschaften Typische hinausgehender Interessen, die eine einheitliche Willensbildung erwarten lassen¹³⁰, die Gesellschaft gemeinsam beherrschen, mit der Folge, daß diese von jedem der Gesellschafter abhängig ist.

128) Vgl. oben Exkurs zu Typ IV, S.63 ff.

129) Oben S. 28 ff.

130) Vgl. BGH NJW 81, 2699, "Transportbeton Sauerland" = BGHZ 81,56

Damit ist auch etwaigen Umgehungsversuchen durch Einsetzung eines Stillen ein Riegel vorgeschoben.

bb) Ebensowenig ist aufgrund solcher, die Abhängigkeit ausschließender Zustimmungserfordernisse, eine Abhängigkeit der Gesellschaft vom stillen Gesellschafter gegeben, denn dieser hat, ebenso wie ein Mehrheitsgesellschafter einer OHG oder KG, bei der die Gesellschafterversammlung über die Zustimmung zu entscheiden hat¹³¹, keine Möglichkeit, positiv auf wesentliche Entscheidungen einzuwirken. Die Gesellschaft ist hinsichtlich der Beeinflussungsmöglichkeiten vielmehr ausgewogen.

b) Der Stille hat ein allgemeines oder auf bestimmte Fragen beschränktes Widerspruchsrecht.

aa) Wie beim Regelfall von GBR, OHG und KG gezeigt¹³², schließt das Vorhandensein eines Widerspruchsrechtes, solange es sich, falls es auf bestimmte Fragen beschränkt ist, auf wesentliche Entscheidungen

131) Vgl. oben S.85 ff,

132) Oben S.40 ff.

bezieht, eine Abhängigkeit der Gesellschaft vom geschäftsführungsbefugten Gesellschafter, hier also vom Geschäftsinhaber, aus.

bb) Die hier untersuchte Ausgestaltung führt aber auch nicht zu einer Abhängigkeit der Gesellschaft vom Stillen.

Das Widerspruchsrecht ist im Gegensatz zum vorgeschalteten, und damit im Endeffekt wirksameren Zustimmungserfordernis lediglich ein nachgeschaltetes Mittel zur Kontrolle und Verhinderung von Entscheidungen zur Geschäftsführung. Weder Zustimmungserfordernis, noch Widerspruchsrecht geben aber die Möglichkeit zur aktiven Einflußnahme auf solche Geschäftsführungsentscheidungen. Auch die mit einem Widerspruchsrecht des Stillen ausgestattete stille Gesellschaft ist also im Sinne fusionsrechtlicher Abhängigkeit ausgewogen und, wenn das Widerspruchsrecht nicht auf Entscheidungen beschränkt ist, die nicht wesentlich sind, von keinem ihrer Gesellschafter abhängig.

c) Der Geschäftsinhaber ist an Weisungen des Stillen gebunden.

Für die Frage fusionsrechtlicher Abhängigkeit interessant ist diese Weisungsgebundenheit nur, wenn sich das Weisungsrecht auch, oder gerade auf wesentliche Entscheidungen bezieht.

aa) Ist dies der Fall, so ist die Gesellschaft nicht vom Geschäftsinhaber abhängig.

Wer weisungsgebunden ist, kann nicht seinerseits allein bestimmenden Einfluß auf Entscheidungen haben, auf die sich das Weisungsrecht erstreckt.

bb) Die Gesellschaft ist aber vom Stillen abhängig. Durch sein Weisungsrecht kann dieser die wesentlichen Entscheidungen positiv in ihm genehmer Weise beeinflussen.

d) Dem Stillen sind selbst Geschäftsführungsrechte übertragen:

Dies kann auf unterschiedliche Weise geschehen:

aa) Dem Stillen wird neben dem Geschäftsinhaber Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt. Hier kann es zu einer anderen Beurteilung der Abhängigkeitslage als im gesetzlichen Regelfall nur kommen, wenn die dem Stillen

eingeräumte Geschäftsführungsbefugnis ihn befähigt, auf die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft Einfluß zu nehmen.

Hat er diese Möglichkeit, und ist der Geschäftsinhaber, der allein die Gesellschaft nach außen vertreten kann¹³³ insoweit faktisch an seine Weisungen gebunden, so ist die Gesellschaft vom Stillen abhängig.

Erstreckt sich die Geschäftsführungsbefugnis des Stillen dagegen nicht auf wesentliche Entscheidungen, weil er beispielsweise nur die Leitung des inneren kaufmännischen Bereiches übertragen bekommen hat (Buchhaltung, Revision etc.), so ist die Gesellschaft vom weiterhin die wesentlichen Entscheidungen allein bestimmenden Geschäftsinhaber abhängig.

Überschneiden sich beide Geschäftsführungsbereiche hinsichtlich der wesentlichen Entscheidungen oder ist insoweit eine Gemeinschaftsentscheidung nötig¹³⁴, so sind intern Inhaber und stiller Gesellschafter gleichberechtigt. Die Gesellschaft ist von keinem von beiden allein abhängig.

133) Vgl. Schilling Großkommentar HGB § 335 Anm. 62

134) Vgl. Rasner, S. 75 f.

bb) Dem Stillen wird die alleinige Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt. In diesem Fall ist die Gesellschaft vom Stillen abhängig, gleich, ob ihm zusätzliche Vertretungsmacht nach außen eingeräumt ist, was im Wege einer erweiterten Prokura oder Handlungsvollmacht geschehen kann¹³⁵.

Denn selbst wenn dies nicht der Fall ist, ist der vertretungsbefugte Geschäftsinhaber ohne Geschäftsführungsbefugnis faktisch im Innenverhältnis hinsichtlich seiner Vertretungshandlungen von den Weisungen des Stillen abhängig¹³⁶. Diese Stellung des Stillen kann dann ebenfalls wieder durch Einführung von Zustimmungserfordernissen, Widerspruchsrechten, Weisungsbefugnissen etc. für den Geschäftsinhaber variiert werden.

Für die Beurteilung dieser Varianten gilt das oben jeweils zur Abhängigkeit vom Geschäftsinhaber in solchen Fällen Gesagte entsprechend.

135) Vgl. Böttcher/Zartmann/Fant S. 81

136) Vgl. auch oben S.125 ff.

2. Kapitel

Die Abhängigkeit von Personengesellschaften aufgrund von Verträgen

§ 4 - Beherrschungsverträge mit Personengesellschaften

Neben der im 1. Kapitel behandelten, auf gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Grundlagen beruhenden sogenannten schlichten Abhängigkeit von Personengesellschaften spielt, da daneben der Beherrschungsvertrag des § 29 I AktG eine wichtige Grundlage zur Schaffung von Abhängigkeitslagen darstellt¹³⁷ für die Frage nach Abhängigkeitssituationen von Personengesellschaften das Problem eine Rolle, ob und inwieweit solche Beherrschungsverträge auch mit Personengesellschaften als beherrschten Unternehmen zulässig sind.

Wegen der Verwendung des fusionsrechtlichen Abhängigkeitsbegriffes ist dabei unter Beherrschungsvertrag eine Vereinbarung zwischen der Personengesellschaft und einem anderen Unternehmen zu verstehen, die es diesem Unternehmen erlaubt, der Personengesellschaft in Fragen, die wesentliche Entscheidungen betreffen, Weisungen zu erteilen.

Eine solche Regelung würde, wäre sie zulässig, nach dem bisher Gesagten eine Abhängigkeitssituation begründen.

I. Der Meinungsstand

Die Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur zur Frage der Zulässigkeit eines Beherrschungsvertrages mit einer

137) Vgl. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 2. Auflage 1977, § 2 C I 2b, S. 51; Würdinger Großkommentar § 17 Anm. 8

Personengesellschaft als beherrschtem Unternehmen ist wesentlich geprägt von der bisher einzigen Entscheidung, in der der BGH sich mit dieser Frage beschäftigt hat, dem Gervais-Danone-Urteil vom 5.2.1979¹³⁸.

Das Urteil wirkt wie eine Zäsur der Entwicklung in der Literatur und ist daher geeignet, als zeitliche Trennlinie der Darstellung des Meinungsstandes zu dienen.

1. Die Meinung der Literatur vor dem Gervais-Danone-Urteil des BGH

Vor 1979 wurde die Möglichkeit eines Beherrschungsvertrages mit einer Personengesellschaft als beherrschtem Unternehmen ganz überwiegend abgelehnt. Größtenteils wurde dies damit begründet, daß die Gesellschaft, wenn sie sich in einem organisationsrechtlichen Akt Weisungen Dritter unterwerfe, ihr Eigenleben aufgebe und aufhöre als selbständige Erwerbseinheit zu existieren. Dies sei aber für eine Personengesellschaft wie für jede natürliche Einzelperson undenkbar¹³⁹. Emmerich Sonnenschein¹⁴⁰ argumentieren, wegen der unbeschränkten und unbeschränkbaren persönlichen Haftung der OHG-Gesellschafter bzw. der KG-Komplementäre, bestehe für diese stets die Gefahr, aufgrund verbindlicher fremder Weisungen mit einer unabsehbaren persönlichen Haftung belastet zu werden; über allen Gesellschaftern bzw. über den

138) BB 1979, 1735=DB 1979, 1833=NJW 1979, 937= JuS 1980,152 m.Anmerkung K. Schmidt

139) Vgl. Flume Personengesellschaft, S. 255; Schneider ZGR 1975, 253, 270 ff.

140) § 9 C II 2, S. 256 f.

Komplementären schwebte ständig das "Damoklesschwert des finanziellen Ruins aufgrund der Weisungen eines Dritten"; dies sei aber eine "unzulässige, weil sittenwidrige Selbstentmündigung der Gesellschafter, die aufgrund des Beherrschungsvertrages jede persönliche und wirtschaftliche Bewegungsfreiheit auf unabsehbare Zeit einbüßten". Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Unzulässigkeit des Beherrschungsvertrages gelte lediglich für die den Kapitalgesellschaften stark angenäherte kapitalistische KG, bei denen eine Kapitalgesellschaft, in aller Regel eine GmbH, die Rolle des persönlich haftenden Gesellschafters übernommen hat.

2. Das Gervais-Danone-Urteil des BGH¹³⁹

Die beklagte Gervais AG (G-AG) stand in Geschäftsbeziehungen zur Klägerin, der früheren M-OHG, die stark überschuldet war.

Um die M-OHG zu sanieren, schlossen die Parteien zunächst im Juli 1965 einen Vertrag, in dem sich die OHG und ihre Gesellschafter, die Eheleute M., einer "Allgemeinen Betriebsüberwachung" durch die G-AG und Beschränkungen in finanzieller und organisatorischer Hinsicht unterwarfen, wofür die G-AG sich verpflichtete, ihre Forderungen als Darlehen stehen zu lassen und ihre grundsätzliche Bereitschaft zum Eintritt in die Gesellschaft erklärte. Kurz darauf wurde durch die G-AG und die damaligen Gesellschafter der M-OHG eine "Gesellschaft für Industriegeschäftsführung mit beschränkter Haftung" gegründet, deren Geschäftsanteile die Familie M und die G-AG je zur Hälfte übernahmen.

139) aaO., Fn. S. 137

Dabei wurde der G-AG das Recht eingeräumt, zwei Geschäftsführer der GmbH mit Alleinvertretungsbefugnis zu bestellen, wovon sie durch Bestellung eines ihrer Vorstandsmitglieder und eines Prokuristen Gebrauch machte. Auch der Ehemann M wurde zum Alleingeschäftsführer berufen, aber ohne Alleinvertretungsbefugnis. Anschließend wurde die M-OHG in eine GmbH & Co. KG umgewandelt, wobei die Gesellschaft für Industrieführung mbH als persönlich haftende Gesellschafterin aufgenommen wurde. Die Familie M und die AG übernahmen die Kommanditanteile je zur Hälfte.

Im September 1966 wurde mit Zustimmung sämtlicher Beteiligter folgender Beschluß gefaßt:

Der Betrieb der KG "wird organisatorisch in den Bereich der AG so eingegliedert, als ob es sich im Innenverhältnis um ein G-Werk handeln würde". Die Geschäftsleitung der G-AG stellt "einen technisch und kaufmännisch qualifizierten Mitarbeiter ab, der die Leitung (Anm. der KG) übernimmt.

Dieser Mitarbeiter der G-AG bleibt deren Angehöriger. Er ist funktionell ausschließlich der G-AG gegenüber verantwortlich.

Disziplinarisch untersteht er dem Vorstand der G-AG."

Im Sommer 1967 kündigte die G-AG ihre Kommanditbeteiligung, zog ihre Geschäftsführer aus der GmbH & Co. KG zurück und kündigte ihre Kredite.

Die Sanierung war gescheitert.

Die KG, die anschließend vor dem Ruin stand, macht im Prozeß im Wesentlichen Schadenersatz- und Gewinnausfallansprüche geltend, die sich in erster Linie auf Mißwirtschaft der von der G-AG eingesetzten Organe

der Komplementär-GmbH und einen Anspruch auf Übernahme der Hälfte der in den Jahren 1966 und 1967 entstandenen Verluste stützt.

Das Berufungsgericht hatte den Schadenersatzansprüchen der KG nur zum Teil stattgegeben, Verlustausgleichsansprüche abgewiesen.

Es hatte in seiner Argumentation an den bekannten gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten der Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht und der Nichtigkeit der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen nach § 138 BGB mit daraus resultierenden Bereicherungsansprüchen festgehalten.

Da es daran festhielt, daß ein Verschulden der AG bei der Führung der Geschäfte der KG von der KG nachzuweisen sei, kam es nur zu einer Teilverurteilung hinsichtlich der Schadenersatzansprüche.

Der BGH verließ dagegen in seiner Revisionsentscheidung, die zur Aufhebung und Zurückverweisung führte, die herkömmlichen Argumentationsmuster und stellte in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen den von ihm so genannten Beherrschungsvertrag zwischen den Parteien. Dieser Beherrschungsvertrag ergebe sich aus einer Gesamtschau der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen, d.h. aus der Summe der im Sanierungsvertrag im Juli 1965 und in den Gesellschaftsverträgen der KG und der Komplementär GmbH der AG eingeräumten Rechte.

Freilich ohne sich mit den oben a) genannten Meinungen zur Zulässigkeit eines Beherrschungsvertrages auseinanderzusetzen, macht der BGH doch diesen Beherrschungsvertrag und die damit verbundene Abhängigkeitslage zur

Grundlage der von ihm hergeleiteten Haftungsfolgen. Mit Abschluß eines Beherrschungs- und Eingliederungsvertrages ende die Möglichkeit, die entstehenden Konflikte mit denselben Mitteln zu lösen, die Rechtsprechung und Rechtslehre für solche Gesellschaften entwickelt haben, die dem gesetzlichen Leitbild entsprechen. Die Haftung ergebe sich hier letztlich, soweit Schadenersatzansprüche in Frage stehen, aus positiver Vertragsverletzung des Beherrschungsvertrages, wobei sich die Beweislast, sowohl hinsichtlich des Verschuldens als auch hinsichtlich der allgemeinen Beweislast, umkehre.

Hinsichtlich der Verlustausgleichspflicht ging der Senat nicht den Weg der Analogie zu § 302 AktG, sondern leitete auch diese aus der qualifizierten Abhängigkeit und dem Schutzzweck des Beherrschungsvertrages selbst ab.

Aus der letztlich unkontrollierbaren Möglichkeit des herrschenden Unternehmens, insbesondere die Produktions-, Absatz- und Investitionspolitik des abhängigen Unternehmens zu bestimmen und diese voll den eigenen Belangen anzupassen, folge die Verpflichtung, während der Dauer der Beherrschung und Eingliederung entstehende Verluste der abhängigen Gesellschaft zu übernehmen.

3. Die Meinung der Literatur nach dem Gervais-Danone-Urteil des BGH

Die nach dem Gervais-Danone-Urteil erschienene Literatur beschäftigte sich - soweit sie hier interessiert insbesondere mit der Frage ob aus diesem Urteil herausgelesen werden dürfte, daß Beherrschungsverträge mit Personengesellschaften zulässig seien.

Raiser¹⁴¹ kommt zu dieser Auffassung und pflichtet der von ihm so verstandenen Meinung des BGH bei. Es bestehe "kein tragfähiger Grund, dem Prinzip der gesellschaftlichen Selbstbestimmung bei einer Personengesellschaft höheren Rang beizumessen als bei einer AG oder GmbH, nur weil diese als juristische Personen verfaßt sind." Der Sachverhalt der Entscheidung widerlege die Ansicht, daß eine Personengesellschaft, die sich der Leitung durch ein anderes Unternehmen unterwirft, aufhöre als abgrenzbare Erwerbseinheit mit eigenem Zweck zu bestehen. Auch habe sich das Prinzip des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung im deutschen Recht nicht wirklich durchsetzen können, und auch in der Realität spiele die Haftung des Komplementärs nicht die ihr vom Gesetzgeber zugedachte Rolle, wenn wirtschaftlich ein anderes Unternehmen hinter der Gesellschaft steht. Die besseren Gründe sprächen dafür, "einen Freistellungsanspruch gegen das herrschende Unternehmen grundsätzlich als Ausgleich für die unbeschränkte persönliche Haftung genügen zu lassen, und Einzelfälle, in denen der Komplementär auf unerträgliche Weise geknebelt oder übervorteilt wird, nach §§ 138, 826 BGB zu regulieren.... Die Chance, einem sanierungsbedürftigen Unternehmen mit diesem Mittel (Anm. eines Beherrschungsvertrages) "auf die Beine zu helfen", solle nicht versperrt werden.

Demgegenüber stimmen Schneider¹⁴² und D. Reuter¹⁴³

141) ZGR 1980, 558, 563

142) ZGR 1980, 511 ff.

143) ZHR 146 (1982), 15 ff.

zwar im haftungsrechtlichen Ergebnis dem BGH zu, betonen jedoch ausdrücklich, daß aus der Entscheidung nicht herausgelesen werden könne, ein Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 AktG mit einer Personengesellschaft als beherrschtem Unternehmen sei zulässig. Bei diesem handele es sich vielmehr um einen Organisationsvertrag¹⁴⁴, der das abhängige Unternehmen auf das Interesse des herrschenden Unternehmens ausrichte, und daher "mit dem Wesen der Personengesellschaft unvereinbar sei"¹⁴⁵. Der im Gervais-Danone Fall vorliegende Vertrag sei aber kein solcher organisationsrechtlicher Beherrschungsvertrag, sondern lediglich ein "schuldrechtlicher Beherrschungsvertrag"¹⁴⁵ bzw. ein konzerninterner "Eingliederungsvertrag"¹⁴⁶ und als solcher zulässig, denn er begründe keine organisationsrechtlichen Pflichten der abhängigen Gesellschaft, sondern nur "Nebenpflichten, die der Sicherung des gestundeten Kredites dienen"¹⁴⁷. An der Zulässigkeit dieses Vertrages ändere entgegen Emmerich-Sonnenschein¹⁴⁸ auch der Umstand nichts, daß Gesellschafter einer OHG bzw. Komplementäre einer KG unbeschränkt persönlich haften.

Dies zeige der Vergleich mit der KGaA, gegenüber der ein Beherrschungsvertrag nach § 291 AktG zulässig ist, obwohl persönlich haftender Gesellschafter der KGaA nach h.M. nur eine natürlich Person sein kann¹⁴⁸,

144) Vgl. Würdinger Großkommentar AktG § 291 Anm. 11 ders. grundlegend DB 1958, 451; Geßler in Geßler-Hefermehl, AktG § 291 Rdn. 21

145) Reuter aaO

146) Schneider aaO, S. 523

147) Schneider aaO, S. 520

148) Konzernrecht § 9 C III 2, S. 257

149) Reuter aaO

II. Stellungnahme

Für die Frage nach dem Vorliegen von Abhängigkeitsverhältnissen im Sinne der Verbundklausel kann es letztlich offen bleiben, ob der Beherrschungsvertrag der mit einer Personengesellschaft als beherrschtem Unternehmen geschlossen wurde, von organisationsrechtlicher oder lediglich schuldrechtlicher Natur ist. Diese Frage ist nur von Bedeutung für die durch einen Beherrschungsvertrag verbundenen Parteien¹⁵⁰. So wäre etwa ein Erfüllungsanspruch auf Einhaltung der von der herrschenden Gesellschaft gegebenen Weisungen im Falle eines organisationsrechtlichen Vertrages gegenüber dem Vertretungsorgan der Gesellschaft durchzusetzen¹⁵¹, im Falle eines schuldrechtlichen Vertrages wäre dagegen die Gesellschaft als solche zu verklagen.

Diese Unterschiede können aber nichts daran ändern, daß durch den Beherrschungsvertrag einem Unternehmen ein Weisungsrecht gegenüber einer Personengesellschaft eingeräumt wurde.

Wenn sich dieses Weisungsrecht, was wohl die Regel sein wird, auch auf den Bereich der wesentlichen Entscheidungen dieser Personengesellschaft erstreckt, kann das vom Weisungsrecht begünstigte Unternehmen diese Entscheidungen in ihm genehmer Weise positiv beeinflussen.

Eine Abhängigkeitslage, die im Rahmen der Verbundklausel zu berücksichtigen ist, ist daher gegeben.

150) Vgl. Geßler in Geßler-Hefermehl, AktG § 291 Rnr. 24

151) Vgl. Geßler in Geßler-Hefermehl AktG § 308 Rnr. 24;
Teichmann S. 199; Molitor FS f. Ehrenberg S. 61 ff.

Ein solcher Beherrschungsvertrag muß nur überhaupt zulässig sein.

Dies ist zu bejahen.

Der Zulässigkeit eines Beherrschungsvertrages steht gerade nicht das Prinzip der gesellschaftlichen Selbstbestimmung entgegen¹⁵², sondern aus dem Selbstbestimmungsprinzip ergibt sich gerade die Zulässigkeit eines solchen Vertrages. Wie jede natürliche Person sich von Entscheidungen Dritter abhängig machen kann, - man vergleiche nur die §§ 315 ff. BGB - so muß dies auch eine zu einem Gesamthandsverband zusammengeschlossene Gruppe von natürlichen Personen tun können.

Auch die Gesellschaft beruht auf einem Vertrag und es ist nicht einzusehen, warum man in diesem Vertrag nicht ein Bestimmungsrecht für Dritte aufnehmen soll können, auch wenn sich dieses auf die Führung der Geschäfte der Gesellschaft bezieht.

Der Privatautonomie hier Grenzen zu setzen, wäre eine nicht gerechtfertigte, übertrieben Einmischung des Staates in privatrechtliche Vereinbarungen.

Das Risiko vor Schaden haben nur die, die am Vertrag beteiligt sind, nämlich die Gesellschafter; für einen außenstehenden Gläubiger der Gesellschaft ändert sich nichts; seine Haftungsgrundlage bleibt erhalten: Die Gesellschaft und die persönlich haftenden Gesellschafter; und vor Geschäftsführungsentscheidungen, die sich negativ auf die Gesellschaft auswirken, ist er auch ohne Beherrschungsvertrag nicht sicher.

Am Rande sei hier doch noch bemerkt, daß die teilweise

152) So aber U.H. Schneider ZGR 1975, 253, 270

vorgenommene Trennung in einen unzulässigen organisationsrechtlichen und einen zulässigen schuldrechtlichen Beherrschungsvertrag¹⁵³ nicht überzeugt.

Da es darum geht, daß ein Außenstehender Befugnisse erhält, die es ihm ermöglichen, Entscheidungen der Geschäftsführungs- und Vertretungsorgane der Personengesellschaft zu beeinflussen, geht es hier letztlich um das gleiche Problem wie beim Streit um die Zulässigkeit der Drittorganschaft¹⁵⁴.

Genauso wie es dort gekünstelt erscheint, die Drittorganschaft an sich abzulehnen, aber Konstruktionen zuzulassen, die im Ergebnis auf dasselbe hinauslaufen (vertretungsbefugter Gesellschafter ohne Geschäftsführungsbefugnis, Prokurist mit umfassender Handlungsvollmacht), so erscheint es hier konstruiert, einen organisationsrechtlichen Beherrschungsvertrag abzulehnen, aber das dadurch erreichte Ergebnis mit geringfügigen inhaltlichen Unterschieden zuzulassen. Hier wäre es nötig, - durch Gesetzgeber oder Rechtsprechung - organisationsrechtliche Beherrschungsverträge mit Personengesellschaften zuzulassen und die Gesellschafter der beherrschten Gesellschaft - wie bereits im Gervais-Danone Urteil geschehen - durch entsprechende Schadenersatzansprüche verbunden mit Beweiserleichterungen, zu sichern. Dadurch könnte es zu einer den §§ 291 ff. AktG analogen Regelung kommen¹⁵⁵.

Einiger Literaturstreit wäre dadurch vermeidbar.

153) Vgl. U.H. Schneider, aaO., Fn. S. 145; Reuter aaO., Fn. S. 145

154) Vgl. dazu oben S. 122, Typ VIII

155) Vgl. dazu statt vieler Würdinger Aktien- und Konzernrecht, § 60 IV, S. 284 ff.

Festzuhalten bleibt aber jedenfalls, daß ein solcher Beherrschungsvertrag, mag man ihn als organisationsrechtlich oder als schuldrechtlich bezeichnen, nur mit einstimmiger Zustimmung der Gesellschafter der beherrschten Gesellschaft zustande kommen kann. Selbstbestimmung und in Ausübung derselben gewählte Unterwerfung unter die Weisungsbefugnis eines Dritten setzt eben voraus, daß auch jeder selbst bestimmen kann, und nicht in einer Mehrheitsentscheidung überstimmt werden kann.

Aus dem Gesagten folgt auch, daß der Begriff Beherrschungsvertrag im Recht der Personengesellschaften nicht zu einer inhaltlich typisierten Institutionalisierung eines bestimmten Vertrages führen kann¹⁵⁶.

Unter "Beherrschungsvertrag" ist vielmehr jede vertragliche Regelung zu verstehen, die es einem Unternehmen tatsächlich ermöglicht, einem anderen Weisungen hinsichtlich der wesentlichen Entscheidungen zu geben oder in anderer Weise positiv auf diese Entscheidungen einzuwirken.

Eine solche, Abhängigkeit begründende Befugnis kann in jedem beliebigen Vertrag, etwa den in § 292 AktG genannten oder auch Lieferverträgen, enthalten sein, und sich, wie der BGH in der Gervais-Danone-Entscheidung¹⁵⁷ richtig betont, auch aus einer Gesamtschau aller zwischen den betreffenden Unternehmen geschlossenen Vereinbarungen ergeben, auch aus einem Gesellschaftsvertrag. Somit stellt sich auch die oben in § 2 untersuchte sogenannte "schlichte Abhängigkeit" von Personengesellschaften letztlich als Vertragsabhängigkeit heraus, denn auch sie beruht auf Vereinbarungen zwischen

¹⁵⁶) So auch Raiser ZGR 1980, 558, 564

¹⁵⁷) oben Fn. S. 137

einem oder mehreren Unternehmer-Gesellschaftern und den übrigen Gesellschaftern, die diesem oder der Gruppe erst die für die Begründung von Abhängigkeit nötige Leitungsmacht einräumt.

Klarer wäre daher eine Unterscheidung in Abhängigkeit aufgrund gesellschaftsinterner vertraglicher Regelung oder aufgrund gesellschaftsexterner (d.h. mit Dritten, die nicht Gesellschafter sind) vertraglicher Regelung. Der Unterschied zum gewählten Aufbau ist aber lediglich begrifflicher Natur.

§ 5 - Abhängigkeit aufgrund von Leistungsaustauschverträgen

Neben der Frage der Abhängigkeit einer Personengesellschaft aufgrund vertraglich eingeräumten Weisungsrechtes spielt die Frage eine Rolle, ob sich Abhängigkeit im fusionsrechtlichen Sinn auch aufgrund von Leistungsaustauschverträgen ergeben kann, wenn dort ein Weisungsrecht oder eine andere positive Einwirkungsmöglichkeit¹⁵⁸ nicht geregelt wurde.

Der Fall, daß sich die Gesellschafter aufgrund ungeschriebener Vereinbarung den Weisungen eines solchen Lieferanten beugen, wurde bereits an anderer Stelle als für die Begründung einer Abhängigkeitslage relevant angesehen¹⁵⁹.

Hier dagegen geht es allein um die Frage, ob aus einer bestimmten Ausgestaltung eines Leistungsaustauschvertrages ohne Weisungsrecht etc. per se auf Abhängigkeit geschlossen werden kann.

158) z.B. das Recht zur Besetzung einer Mehrheit des Beirates, der wiederum auf die Geschäftsführung einwirken kann, vgl. oben S. 100,

159) Vgl. oben S. 28 ff.

I. Meinungsstand

Vom zunächst, vor der Wirkung, zu prüfenden Inhalt des Vertrages her, kann als relevant nur ein solcher in Betracht kommen, der das eine Unternehmen in eine gewisse einseitige Abhängigkeit von einem anderen drängt.

In der Regel wird sich dies im Beschaffungs- oder Absatzbereich eines Unternehmens abspielen¹⁶⁰.

Nach Mestmäcker¹⁶¹ kann ein Hinweis auf die dabei maßgeblichen Kriterien aus Art. 1 Nr. 5 der Entscheidung der Hohen Behörde Nr. 24/54 v. 6.5.1954 zu Art. 66 EGKSv¹⁶² entnommen werden.

Dort heißt es: "Verträge mit einem Unternehmen über die Gesamtheit oder einen erheblichen Teil seines Bedarfs oder Absatzes seiner Erzeugnisse, soweit diese Verträge nach Menge und Laufzeit das Maß der handelsüblichen Beschaffungs- oder Absatzverträge überschreiten."

Daneben seien noch die Interessen des herrschenden Unternehmens zu berücksichtigen.

Entscheidend sei, "ob der Vertrag dem gebundenen Unternehmen die Fähigkeit zur selbständigen Entscheidung über das eigene Verhalten im Wettbewerb in einem Maße entzieht, das über die Erfüllung von Vertragspflichten zwischen unabhängigen Unternehmen wesentlich hinausgeht."

160) So auch Dierdorf S. 154 f., 172 ff.

161) § 23 Rnr. 44

162) ABl. v. 11.6.1954, S. 345

Nach Baumbach/Hueck¹⁶³ können Leistungsaustauschverträge "Abhängigkeit begründen, wenn damit nicht nur Kontrollrechte sondern erhebliche positive Einwirkungsmöglichkeiten eines anderen Unternehmens verbunden sind".¹⁶⁴.

Langen¹⁶⁵ ist der Meinung, daß solche "rein tatsächlichen Möglichkeiten - z.B. der Einfluß als Kreditgeber und/oder Lieferant - allein nur in seltenen Fällen einen beherrschenden Einfluß ermöglichen."

Nach Würdinger¹⁶⁶ und Frankfurter Kommentar¹⁶⁷ dagegen bewirken Leistungsaustauschverträge "keine Abhängigkeit und ... scheiden als geeignetes Mittel zur Begründung einer Herrschaftsmacht und zur Unterwerfung des Vertragspartners unter dieselbe aus."

Wenn in Leistungsaustauschverträgen Einwirkungsmöglichkeiten vorgesehen seien, die eine Abhängigkeit des einen

163) § 17 Rnr. 2

164) So auch Röhling DB 1973, 1585, 1587; Paul DB 1975, 1253, 1254; Nach Dierdorf S. 173 kommt ein Abhängigkeitsverhältnis auf leistungswirtschaftlicher Grundlage nur in Betracht, "wenn die jeweiligen Geschäftsbeziehungen zu dem anderen Unternehmen für die betroffene Gesellschaft lebenswichtig sind"; wie Dierdorf auch Gerloff S.85; Prühs DB 1972, 2001, 2005; Richardt S. 29; Netta S.114

165) § 23 Rnr. 46

166) Großkommentar § 17 Anm. 8

167) § 23 Tz. 74

Partners bewirken, werde "in der Regel ein Fall der Knebelung vorliegen, die den Vertrag nach § 138 BGB unwirksam macht."¹⁶⁸.

II. Stellungnahme

1. Die Berücksichtigung von Leistungsaustauschverträgen bei der Frage nach dem Vorliegen von Abhängigkeitslagen im Sinne der Verbundklausel stößt zunächst auf erhebliche praktische Schwierigkeiten, denn dadurch wird die Anwendung der Verbundklausel durch Unternehmen, die an Fusionen beteiligt sind und die daher die Frage einer Anzeigepflicht nach § 23 I prüfen müssen, erheblich erschwert¹⁶⁹.

Eine generelle Aussage, welche Arten von Leistungsaustauschverträgen zu Abhängigkeit führten, läßt sich wohl kaum treffen.

2. Zum anderen wurde oben S.11 mit Würdinger¹⁷⁰ davon ausgegangen, daß ein Unternehmen einem anderen seinen Willen, sei es auch nur im Bereich der wesentlichen Entscheidungen, nur dann aufzwingen könne, wenn dieser Wille innerhalb der Organisation des anderen Unternehmens wirksam werde, also mit Mitteln organisatorischer Art durchsetzbar sei. Nur dies nämlich gewährt einen auf Dauer gesicherten Einfluß.

168) Würdinger und Frankfurter Kommentar aaO; die Möglichkeit einer Begründung von Abhängigkeit durch Leistungsaustauschverträge auch ablehnend Köhler NJW 1978, 2473, 2474 ff.; Martens S. 142; Wiedemann ZHR 146 (1982), 296, 302

169) Vgl. auch Paul DB 1975, 1253, 1254; erschwert wird dadurch auch die Beantwortung der Frage, ob überhaupt ein Zusammenschluß, etwa im Sinne des § 23 II Nr. 5, vorliegt.

170) Großkommentar § 27 Anm. 3

Ein Leistungsaustauschvertrag für sich gewährt aber keine organisatorischen Einflußmöglichkeiten. Dazu müßte er schon Weisungsrechte erhalten.

3. Die Diskussion um die Berücksichtigung von Leistungsaustauschverträgen krankt aber insbesondere daran, daß alle Autoren nur generell den Fall untersuchen, daß ein Leistungsaustauschvertrag positive Einwirkungsmöglichkeiten zur Verfügung stellt. Mestmäcker¹⁷¹ geht zwar kurz auf den möglichen Inhalt solcher Verträge ein, offen bleibt aber fast immer, worauf denn nun konkret die Einflußmöglichkeit beruhen soll, also mit welchem Mittel das herrschende Unternehmen das abhängige seinem Willen unterwerfen soll.

Neben einem hier ausgeklammerten, im Leistungsaustauschvertrag eingeräumten Weisungsrecht kommen dabei nur Umstände in Betracht, die das abhängige Unternehmen faktisch zwingen, den Willen des herrschenden zu erfüllen, etwa eine Kündigungsmöglichkeit eines Hauptlieferanten oder Lizenzgebers¹⁷².

Daß eine solche Kündigungsmöglichkeit, etwa eines für das abhängige Unternehmen lebenswichtigen Lieferungsvertrages etc., zu einer beherrschenden Einflußmöglichkeit des herrschenden Unternehmens führen kann, soll hier nicht geleugnet werden.

Dabei kann auch nicht von der Sittenwidrigkeit eines solchen Liefervertrages ausgegangen werden. Es zeigt sich aber, daß die bisherige Durchdringung des Problems

171) § 23 Rnr. 44

172) So auch Paul, DB 1975, 1253, 1254

noch einen Schritt zu früh stehen geblieben ist. Bei näherem Hinsehen zeigt sich nämlich, daß der Leistungsaustauschvertrag selbst gar nicht das Mittel ist, das eine zur Abhängigkeit führende, beherrschende Einflußmöglichkeit eines Unternehmens begründet.

Der Leistungsaustauschvertrag ist vielmehr nur Ursache dafür, daß dem herrschenden Unternehmen eine solche Einflußmöglichkeit geschaffen wurde.

Diese ergibt sich in Wirklichkeit daraus, daß die Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft sich aufgrund interner, stillschweigender Übereinkunft dem Willen des herrschenden Unternehmens unterordnen. Diese gesellschaftsinterne Regelung ist das Mittel zur Beherrschung, nicht der Leistungsaustauschvertrag. Der Leistungsaustauschvertrag, der bisher als per se Abhängigkeit begründend angesehen wurde, ist also nur Ursache für die Begründung von Abhängigkeit aufgrund Gesellschafter-Übereinkunft, das Problem Leistungsaustauschverträge kann somit eingeordnet werden in die Fallgruppe der Abhängigkeit aufgrund gesellschaftsinterner Regelung¹⁷³.

Als Fazit läßt sich somit festhalten, daß es eine Abhängigkeit aufgrund von Leistungsaustauschverträgen nicht gibt.

Diese können lediglich Ursache für eine gesellschaftsorganisationsrechtlich vermittelte Abhängigkeit sein.

173) Vgl. oben S. 28 ff.

§ 6 - Die Konzernabhängigkeit von Personen-
gesellschaften

Neben den schlichten Abhängigkeitsverhältnissen unterfallen der Verbundklausel auch die Konzernverhältnisse des § 18 AktG. Dabei muß für das Vorliegen eines Unterordnungskonzerns im Sinne des § 18 I AktG neben das Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 17 I AktG¹⁷⁴ noch das Erfordernis der tatsächlich ausgeübten einheitlichen Leitung trreten¹⁷⁵. Das Abhängigkeitsverhältnis besteht also neben der einheitlichen Leitung, ist folglich von ihr unabhängig¹⁷⁶.

Da Konzernverhältnisse also Abhängigkeit voraussetzen, zu der dann noch weitere Voraussetzungen kommen müssen, reichen Abhängigkeitsverhältnisse begrifflich weiter als Konzernverhältnisse.

Daher hat die Verweisung der Verbundklausel auch auf § 18 AktG insoweit keine praktische Bedeutung, als sie sich auf § 18 I AktG bezieht, denn die dort genannten Unterordnungskonzerne werden bereits als Abhängigkeitsverhältnisse im Sinne des § 17 I AktG von der Verbundklausel erfaßt.

Bedeutung im Rahmen der Verbundklausel hat aber die Verweisung auf § 18 AktG soweit sie dessen Absatz II betrifft und damit den dort geregelten Gleichordnungskonzern. Dieser wird gebildet von Unternehmen, die voneinander nicht abhängig sind, aber hinsichtlich ihrer Geschäftsführung einer einheitlichen Lei-

174) Vgl. Würdinger Großkommentar § 18 Anm. 2

175) Würdinger aao, Anm. 6

176) Würdinger aaO Anm. 2; Mestmäcker, Recht und ökonomisches Gesetz, S. 401

tung, d.h. Gesamtplanung unterliegen. In der Regel wird diese Vereinheitlichung auf Vertrag beruhen¹⁷⁷. Denkbar ist aber auch, daß die einheitliche Leitung sich ohne Vertrag ergeben kann, etwa wenn "zwei Unternehmen aufgrund einer so engen wirtschaftlichen Kohärenz faktisch gezwungen sind, sich in den wesentlichen Fragen ihrer Geschäftsführung aufeinander abzustimmen."¹⁷⁸ Die Zulässigkeit der Beteiligung einer Personengesellschaft an einem solchen Gleichordnungskonzern ist im Wege des erst-recht-Schlusses ebenso zulässig wie die Unterordnung der Gesellschaft unter ein anderes Unternehmen im Wege des Vertrages¹⁷⁹. Besondere Probleme ergeben sich hier nicht.

177) Vgl. Würdinger Großkommentar § 18 Anm. 13,

178) Würdinger Großkommentar § 18 Anm. 14,

179) Vgl. oben § 4

L e b e n s l a u f

Ich, Wolfgang Ott, wurde am 11. September 1956 als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Bernhard Ott und seiner Frau Leopoldine Ott, geb. Sedlmayr, in Gräfelfing, Landkreis München, geboren.

Von 1963 - 1967 besuchte ich die Volksschule an der Gebelestraße in München. Von dort wechselte ich auf das Luitpold-Gymnasium in München über, wo ich bis zum Abschluß der 9. Klasse verblieb. Im Jahre 1972 wechselte ich aus umzugsbedingten Gründen in das Max-Planck-Gymnasium in München-Pasing über. Dort schloß ich am 25. Juni 1976 mit dem Abitur ab.

Im Wintersemester 1976/77 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität zu München.

Am 22. Juli 1981 bestand ich das Erste Juristische Staatsexamen mit der Prüfungsgesamtnote 2,75.

Am 1. September 1981 trat ich im Oberlandesgerichtsbezirk München in den Referendardienst ein, den ich am 19. Juni 1984 mit dem Bestehen des Zweiten Juristischen Staatsexamens beendete, wobei ich die Gesamtnote 11,17 Punkte erreichte.

Vom 1. Oktober 1984 - 14. Juni 1985 studierte ich Rechtswissenschaften an der University of Chicago. Dabei wurde mir der Titel "Master of Laws" ("LL.M.") verliehen.

Seit meiner Rückkehr nach Deutschland bin ich als Notarassessor im bayerischen Notardienst tätig.

